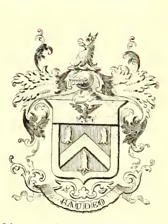
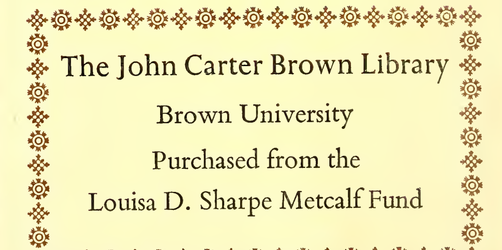
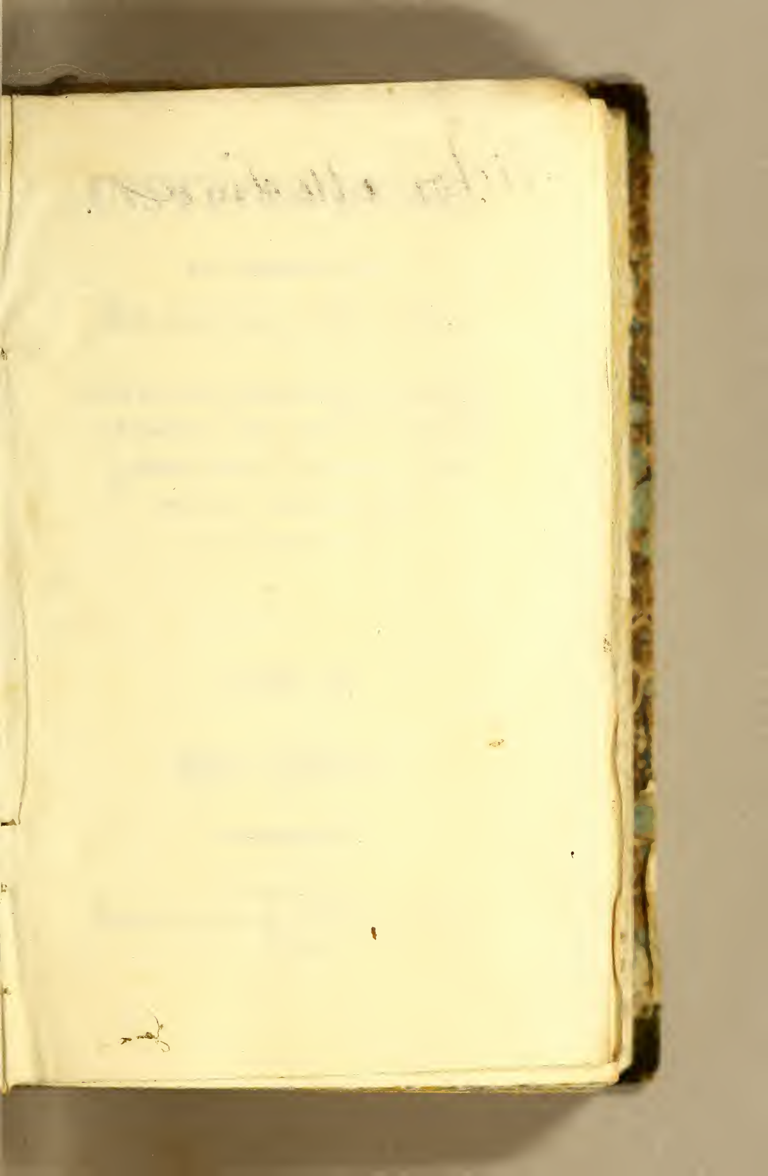



GAUDEO
John Carter Brown
Library
Brown University


The John Carter Brown Library
Brown University
Purchased from the
Louisa D. Sharpe Metcalf Fund



Victor Medina

INSTITUCIONES

DE DERECHO REAL

DE CASTILLA Y DE INDIAS.

POR EL DR. D. JOSÉ MARIA ALVAREZ
CATEDRATICO DE INSTITUCIONES DE JUSTINIANO EN LA REAL Y PONTIFICIA UNIVERSIDAD DE GUATEMALA.

TOMO II.

GUATEMALA.
En la Imprenta de D. Ignacio Beteta.
1819.

Vir bonus et prudens. .. ..
..... parum claris lucem dare coget:
Arguet ambiguè dictum: mutanda notabit.

Horat. De Art. Poet.



INDICE

DE LOS TITULOS QUE SE CONTIENEN EN ESTE TOMO.

LIBRO II.

DE LAS INSTITUCIONES

DE DERECHO REAL DE CASTILLA

Y DE INDIAS.

TITULO I.

DE LA DIVISION DE LAS COSAS Y DEL MODO DE ADQUIRIR EL DOMINIO.

PARTE I.

DE LA DIVISION DE LAS COSAS.

Hemos concluido yá el primer objeto del derecho: conviene à saber *los derechos de las personas*; siguese el segundo que es *los derechos de las cosas*: pero antes de tratarlo es necesario explicar varias divisiones de las cosas, y primeramente qué entienden por *cosa* los jurisconsultos.

Cosa en sentido jurídico es: todo aquello que existe y trae ó puede traer alguna utilidad al hombre, ahora esté en su patrimonio, ahora fuera de él: asi v. g. el agua, el aire &c. son verdaderamente cosas aunque no estén en el patrimonio de alguno. Por el contrario, las cosas que verdaderamente están en nuestro patrimonio se llaman *pecunia*; y asi por este nombre no se entiende solamente la moneda acuñada, sino todo aquello que está realmente en nuestros bienes.

Las cosas, unas se dicen de derecho divino, y otras de derecho humano. Las primeras son todas aquellas que se consagran ó dedican à Dios ó á otros usos de la Iglesia. Estas aunque están en cierto modo exêntas del dominio de los hombres,

con todo como exîsten y son de utilidad à los mismos hombres, se llaman *cosa.* Cosas de derecho humano son, todas las que están en el dominio y comercio de los hombres, v. g. las casas los campos las bestias &c.

Las cosas de derecho divino, se dividen en sagradas y eclesiasticas. Sagradas son todas aquellas que están destinadas al culto público de Dios, como las Iglesias ornamentos alhajas &c. (1)

De esta definicion se infiere: 1.° que las cosas sagradas están fuera del dominio de los hombres, pues se tienen como donadas à Dios. (2) 2.° Que no se pueden empeñar vender comprar ni de otro qualquier

(1) L. 13. tit. 28. P. 3. (2) L. 12. tit. 28. P. 3.

modo enagenar. Para la observancia de esto han puesto graves penas los Reyes Catolicos, (1) estableciendo que ni aun ellos mismos puedan tomar la plata y alhajas de las iglesias, si no es en casos de grande necesidad y obligandose à restituirlas sin diminucion alguna. (2)

Cosas eclesiasticas se llaman aquellos bienes que están destinados para sufragar los gastos que se hacen en las iglesias, y para el sustento y manutencion de los Ministros. (3) No solamente de las cosas sagradas, sino tambien de estas está prohibida la enagenacion, à menos que se

(1) Leyes 5. y 6. tit. 5. lib. 1. del Fuero Real. Leyes 1. 2. y 4. tit. 2. lib. 1. de la Rec. de Cast. l. 1. tit. 5. lib. 1. de la Rec. de Indias. (2) Ll. 7. y 9. tit. 2. lib. 1. de la Rec. de Cast. (3) L. 12. tit. 28. P. 3.

haga por causa de necesidad ó utilidad de la Iglesia, ó para algun otro efecto piadoso y siempre con licencia del superior eclesiastico, quien deberá conocer de la causa que motiva la enagenacion. (1)

A las cosas sagradas se reducen en el dia los lugares religiosos, que son los cementerios donde se sepultan los cadaveres de los fieles que han muerto en la comunion de la Iglesia catolica. (2) Estos lugares son privilegiados y dignos de respeto, no solamente por estar enterrados allí los cuerpos de unos hombres que fueron templos vivos de Dios, sino tambien por estar benditos y destinados por la Iglesia solamente

---

(1) Ll. 1. y 2. tit. 14. Part. 1 y 3. tit. 5. lib. 1. del Fuero Real. (2) L. 14. tit. 18. Part. 3. Vease el Ritual de este Arzob. en el tit. 2. de las bendic. §. 7.

á este uso piadoso.

En toda España y en America hay costumbre muy antigua de que los fieles se entierren en las Iglesias, y una ley de Indias concede expresamente (1) á los vecinos y naturales de ellas, que se puedan enterrar en las iglesias ó monasterios, que quisieren estando dichos lugares bendditos. Pero por una Real cedula, en atencion à las epidemias experimentadas varias veces por el hedor que causan los cadáveres en las iglesias, se mandó (2) que se observen las dlsposiciones canonicas en la construccion de cementerios segun lo mandado en el Ritual Romano (3)

(1) L. 1. tit. 18. lib. 1. de la Rec. de Indias. (2) Real cedula de 3. de abril de 1787. y de 27. de marzo de 1789. (3) Ritual Rom. de Exequiis. Ubi viget antiqua consuetudo sepeliendi mortuos in cœmeteriis retineatur, et ubi fieri potest restituatur.

y una ley de Partida: (1) que estos se hagan fuera de las poblaciones en sitios ventilados y cerca de las parroquias, y que solo se exceptúen de esta regla las personas expresadas en dicha ley, y aquellas por cuya muerte deban los ordinarios eclesiasticos formar procesos de virtudes ó milagros, las quales se enterrarán en las iglesias. Esta disposicion está comunicada à la America por Real cedula de 15. de mayo de 1804; pero no se ha puesto en practica hasta el dia, sino en pocos pueblos desde luego por las dificultades que ocurren en la construccion de cementerios.

Las cosas de derecho humano, se dividen en comunes, públicas, de universidad y de cada uno. (2)

---

(1) L. 11. tit. 13. P. 1. Real ced. de 15. de mayo de 1804. (2) L. 2. tit. 28. P. 3.

COSAS COMUNES.

Así se llaman aquellas cuya propiedad es de ninguno; pero el uso es de todos hasta de los animales, como el aire, la luz y todas las que son inagotables por el uso. (2) Una de estas cosas comunes es el mar; y por eso hablando con generalidad ninguna nacion puede apropiarse con justo titulo su dominio. La naturaleza no ha concedido à personas determinadas el derecho de las cosas cuyo uso es inocente y preciso y cuya abundancia es suficiente para todos. La tierra no dá sin el cultivo todas las cosas necesarias ó útiles al genero humano multiplicado excesivamente; y por eso fué preciso introducir el derecho de propiedad,

(1) L. 2. y 3. tit. 28. P. 3.

á fin de que cada uno se aplicase á cultivar la parte que le tocaba y á multiplicar por medio de su trabajo los frutos útiles à la vida humana. Esta es la razon por qué el derecho natural ha aprobado su dominio y propiedad juzgandola necesaria para la utilidad pública; pero en la propiedad y uso del mar, que por su naturaleza no es perjudicial á alguno y cuya utilidad es inagotable, parece no haber motivo para adquirirla. Mas siendo permitido renunciar cada uno sus derechos, no hay duda que por medio de tratados se puede adquirir el exclusivo de navegacion en algunos mares ó de pesca, cediendo unas naciones en otras los derechos que tienen de la naturaleza. En este caso, están obligadas à observar lo prometido, y tiene facultad

la nacion interesada de valerse de la fuerza á fin de que se le cumpla lo capitulado. Esto se verifica en nuestros mares de America, de los quales compete el dominio á nuestro Soberano como lo prueba el Sr. Solorzano, (1) y está reconocido en los tratados de paz con Inglaterra en Utrech año de 1714. articulo 8. y con Holanda en el mismo año art. 31. en virtud de los quales se puede impedir la navegacion en aquellos mares à las naciones extrangeras, especialmente con titulo de comercio.

Lo dicho acerca de que el dominio no se adquiere por nacion alguna, se debe entender hablando generalmente de todo el mar, mas

---

(1) Solorz. de jure Ind. tom. 1.

no de las costas maritimas en cuyo uso se puede decir que admite el mar algunos derechos de propiedad. Nadie puede dudar que las pesquerías así de perlas como de coral y de peces hechas en las costas pertenecen á aquella nacion que las habita como bienes anexôs á las tierras de su dominio: tendrá pues derecho de impedir à otra la utilidad que disfruta.

Además de esto, la seguridad de las costas exîge que se pueda impedir el acercarse á ellas navíos de otra nacion, estorbando por bien del estado este derecho natural de navegacion comun á todas las gentes. Esto se debe entender solo con los navíos sospechosos ó que están en guerra; pero injustamente se usaría esta facultad con los neutrales, y

mucho menos con los que arrojados por una tempestad buscan abrigo en los puertos como no sean declarados por enemigos, y aun entonces se les debe tratar con la mayor humanidad.

No se puede determinar à punto fixo hasta que distancia una nacion debe extender sus derechos sobre los mares que la rodéan. Lo mas cierto y regular es, que la domiuacion de un estado sobre el mar vecino puede extenderse todo lo que necesite para su seguridad y resguardo: pues de otro modo no pudiera apropiarse una cosa comun como es el mar, à no ser con el fin legitimo de su seguridad. Algunas naciones han querido apropiàrse el imperio del mar especialmente en algunas grandes porciones de èl, como los venecianos

que se atribuyen el del mar Adriatico. El dia de hoy todo el espacio del mar à lo largo de las costas que está á tiro de cañon, se mira como parte del territorio de una nacion, y por esta causa un navío apresado bajo del cañon de una fortaleza neutral, no se tiene por buena presa. (1)

COSAS PUBLICAS.

Se llaman aquellas cuyo uso pertenece á todos los hombres y la propiedad solo al principe, como por exemplo los rios los puertos y los muros y puertas de las villas y ciudades. (2)

De esta definicion se sigue: 1.º que de las cosas públicas pueden

---

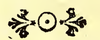
(1) Olm. Derecho pub. t. 1. c. 22.

(2) L. 6. tit. 28. P. 3. ll. 20. tit. 32. P. 3. y 3. tit. 5. lib. 6. Rec. 3. tit. 6. lib. 7. de la misma Rec. de Cast.

usar no solo los naturales del pueblo, sino tambien los extrangeros. (1) 2.° Que aunque las riberas de los rios sean de aquellos cuyas son las heredades allí situadas, sin embargo no puede impedirse el que qualquiera ligue á los arboles de ellas sus embarcaciones y haga quanto le convenga á su arte ù oficio. (2) 3.° Que no se puede edificar en el rio cosa que impida la navegacion, ni cosa alguna en los caminos públicos plazas calles &c. (3)

---

(1) Dha. l. 6. tit. 28. P. 3. (2) Dha. l. 6. (3) L. 28. tit. 28. P. 3. y ll. 22. 23. y 24. tit. 32. P. 3.



COSAS DE UNIVERSIDAD Ò DE CONCEJO.

Estas son aquellas que pertenecen al comun de alguna ciudad ó villa separadamente. (1) Se dividen en unas que son de uso comun á todos los vecinos como los exidos y las plazas de las ciudades, y de estas no pueden usar los moradores de otro lugar contra el defendimiento de los ciudadanos; (2) y otras que solo se administran por el ayuntamiento ó concejo de la ciudad, y sus frutos se destinan para utilidad del público. Las primeras se llaman *exidos*, *terminos públicos*, *montes*, *dehesas ó pastos* de las ciudades villas y lugares. Las segundas constituyen

(1) L. 2. tit. 28. P. 3. (2) L. 9. tit. 28. P. 3.

el patrimonio de la ciudad, y son los *propios*, *arbitrios* y *positos* á que se agregan en America los *censos* y *bienes de comunidad.*

Exidos. Una de aquellas cosas cuya propiedad pertenece al comun, y el uso á cada uno de la ciudad son los exidos. Exido se llama el campo que está á la salida de las ciudades villas pueblos y lugares, el qual no se planta ni se labra y es comun á todos los vecinos. Su extension debe ser tanta, quanta se necesite para que en el caso de que crezca la poblacion, siempre quede bastante espacio para que la gente se pueda recrear y salir los ganados sin hacer daño. (1) Unas leyes señalan una, otras dos leguas á los exidos; pero

---

(1) L. 13. tit. 7. lib. 4. de la Rec. de Indias.

esto debe ser arbitrario con atencion á las circunstancias de la grandeza de las ciudades, numero de sus habitantes &c.

Montes y terminos públicos. En el derecho de Castilla se encuentran muchas disposiciones acerca de los montes y tèrminos de las ciudades y villas, en atencion á ser muchas las utilidades que resultan de su conservacion, pues de ellos se ha de sacar la madera necesaria, así para construir navíos, como para leña. En esta virtud está mandado que los arboles no se corten por el pié, para que puedan volver à criar, y que los campos sirvan para pasto comun de los ganados. (1) Que en los terminos de las villas y lugares se

(1) Casi todo el tit. 7. de la Rec. de Cast. pero especialmente la l. 7.

planten montes y pinares donde haya mejores pastos y abrigos para los ganados y abasto de leña y madera con el fin de que los vecinos se puedan aprovechar de todo. (1)

Las leyes de Indias del mismo modo establecen que los montes, pastos y aguas sean comunes á todos los vecinos de cada lugar, para que los puedan gozar libremente y traer allí sus ganados. Así mismo, que los montes de fruta silvestre sean comunes y cada uno la pueda coger y llevar las plantas para poner en sus heredades. (2) Está mandado tambien que se hagan plantar arboles como sauces &c. para que la tierra esté abastecida de leña segun

(1) L. 15. tit. 7. lib. 7. de la Rec. de Cast. (2) Ll. 5. 7. y 8. tit. 17. lib. 4. de la Rec. de Indias.

el numero de indios que hubiere. Se concede expresamente à los indios que puedan cortar madera de los montes para su provecho, y solo se prohibe que los talen de forma que no puedan crecer y aumentarse; (1) y se manda à los visitadores cuiden que los indios planten arboles. (2)

Propios y arbitrios. Las cosas que pertenecen solo al concejo de la ciudad, se llaman *propios y arbitrios.* Por este nombre entendemos: *las heredades casas ú otro qualquier genero de hacienda que tienen las ciudades para los gastos públicos.* (3)

De estas heredades ó bienes raices se sacan unos caudales, que

---

(1) Ll. 8. 14. y 16. tit. 17. lib. 4. de la Rec. de Indias. (2) L. 9. tit. 21. lib. 2. Rec. de Ind (3) Ll. 1. y 2. tit. 13. lib. 4. Rec. de Ind. y todo el tit. 5. lib. 7. Rec. de Cast.

en realidad de verdad se deben mirar como cosa sagrada por estar destinados à objetos de utilidad pública. (1)

Los gastos que se deben hacer con ellos, unos son *ordinarios* y se llaman *cargas fixas y ordinarias*, y otros *extraordinarios*. Los ordinarios son los que se hacen todos los años, así en la administracion de justicia, como en las fiestas votivas de los patronos de la ciudad, honorarios y salarios de capellan, asesor, escribanos. porteros, alcaides, medico, cirujano, maestro de primeras letras &c. y paga de usuras ò reditos de capitales que reconozcan sobre sí los caudales de propios. Los gastos ex-

(1) Ll. 2. y 5 tit. 13. lib. 4. Rec. de Ind. Real instr. de 30. de jul. de 1760.

traordinarios son aquellos que ocurren impensadamente, como matanza de langosta, peste &c. (1)

Para arreglar los gastos de propios, se debe conocer previamente su verdadero valor y el de las obligaciones y cargas ordinarias á que están afectos, procurando que la asignacion de cantidades que se deben invertir, se haga con respecto al valor del total de los fondos, y siempre quede algun sobrante anual que sirva á redimir sus censos si los tuviere, y à otros fines como luego verémos. (2)

---

(1) Art. 3. de la cit. instr. de 30. de jul. de 1760. y Real Ordenanza de Intend. art. 34. (2) Art. 10. y 17. de la instr. de 30. de jul. de 1760. Real ced. de 15. de sept. de 1767. y auto acord. de 20. de mayo de 1806. expedido por esta Real Audiencia.

Sacado el importe de los gastos ordinarios, se debe señalar una cantidad fixa anual para los gastos extraordinarios y menudos que ocurran; y quando dicha cantidad asignada no alcance para sufragarlos, puede el ayuntamiento de la ciudad por sí, gastar hasta seis mil maravedi, (*) que hacen veinte y dos pesos medio real de plata. Pero siendo necesaria mayor cantidad, se debe consultar à la Real Audiencia, y con su aprobacion (y no de otra suerte pena de cobrarse de las personas y bienes de los que libraren) (1) se

---

(*) Por RR. Ord. de 14. de sept. de 1788. y de 11. de nov. de 1787. se deroga el art. 34. de la Ord. de Int. y se manda practicar lo dispuesto por las leyes de Indias y por la Real ced. de 12. de jul. de 1640.

(1) L. 14. tit. 7. ya cit.

hará el libramiento. (1)

Los sobrantes de propios à mas de servir para los gastos que hemos dicho, están destinados á diversos objetos bastante interesantes. Estos son 1.º descargar ó extinguir los arbitrios establecidos para socorrer las urgencias, por ser muy gravosos al público. (2) 2.º La manutencion de los reos pobres que debe costearse de dichos sobrantes. (3) 3.º El costo del papel sellado que se consume en las causas de pobres y de oficio. (4) 4.º Fomentar y sostener el establecimiento y propagacion de la va-

---

(1) Art. 3. del auto acord. de esta Real Audiencia de 20. de mayo yà cit. en el que se advierte que dha. facultad de librar 6000. maravedis se debe entender de una vez cada año. (2) Art. 47. de la Orden. de Int. (3) Real ced. de 10. de dic. de 1798. (4) Real ced. de 25. de feb. de 1802.

cuna, (1) y 5.° comprar fincas ùtiles con que se aumenten los fondos. (2)

Para que estos no se inviertan en cosas menos útiles ó no necesarias, está prohibido gastar de los propios en recibimientos de obispos presidentes ni oidores, pena de no recibirse en cuenta á los cabildos lo que así gastaren. (3) No solo no deben hacerse gastos, ni imponerse cargas à los propios que no estén fundadas en leyes y reales disposiciones; (4) pero aun las que lo estén deben moderarse ó excluirse siendo excesivas, para que el fondo de estas rentas pueda sufragar y cubrir los

---

(1) Real orden de 1. de sept. de 1803. Item de 8. del mismo mes, y reglamento impreso para este fin. (2) Art. 47. de la Real Ordenanza de Int. (3) L. 4. tit. 13. lib. 4. Rec. de Ind. (4) Real ced. de 15. de mayo de 1784.

principales y mas interesantes objetos á que está destinado. Así lo dispone el art. 33. de la Real Ordenanza de Intendentes mandada observar en esta ciudad de Guatemala, (1) con solo la diferencia establecida por varias Reales cedulas (2) de que el gobierno y superintendencia de estos ramos, pertenezca privativamente à las Reales Audiencias à donde deberán ocurrir los intendentes como corregidores, y no á las juntas superiores de Real Hacienda quedando derogada en esta parte la Ordenanza de Intendentes. (3) Conforme á estas disposiciones que están en practica, se ocurre á la Real Au-

(1) Real ced. de 10 de jun. de 1801. y Real Ord. de 25. de jun. de 1805. (2) Real ord. de 14. de sept. de 1788. y ced. de 20. de agosto de 1791. (3) Art. 6. 28. y 34.

diencia para qualquier gasto que exceda de la suma prevenida. (1)

Finalmente para el aumento y mejor administracion de los propios de las ciudades, está mandado que las rentas ó fincas de ellos se rematen y dén en arrendamiento à los mejores postores; que al remate asista un oidor y el sindico del ayuntamiento (2) y que se dé cuenta á S. M. de todo quanto ocurra, por el ministerio de Gracia y Justicia. (3)

Arbitrios se llaman aquellos derechos que las ciudades ó pueblos que carecen de suficientes propios, imponen con facultad Real sobre el

---

(1) L. 2. tit. 13. lib. 4. Rec. de Ind. y R. ced. de 12. de jul. de 1640. que dobla la cantidad señalada por la l. de Ind. Aut. acord. de esta R. Aud. de 20. de mayo de 1806. (2) L. 3. tit. 13. lib. 4. Rec. de Ind. (3) Real ord. de 11. de nov. de 1787.

vino, aceyte, azucar, carnes y demás cosas de necesidad, exîgiendolos de los consumidores y compradores hasta en competente cantidad, para satisfacer las cargas y gastos que contra sí tienen. (1)

De los arbitrios, unos se conceden por cierto tiempo, y otros perpetuamente; y de ellos se debe decir lo mismo que de los propios pues tienen un mismo fin y destino.

DE LOS POSITOS.

Posito se llama un acopio de granos que se hace en las ciudades para abasto del pueblo, y para proporcionar semilla á los labradores.

---

(1) Real decreto de 30. de julio de 1760.

Por derecho de Indias está mandado (1) que de los positos de las ciudades y poblaciones no se puedan sacar granos, si no se ofreciere tan urgente necesidad que sea preciso valerse de ellos, y en estos casos debe ser luego pagado su valor, para que comprados y restituidos en otra tanta cantidad, estén siempre enteros y sean socorridas las necesidades que se ofrecieren.

CENSOS Y BIENES DE COMUNIDAD.(2)

Estos son unos bienes que resultan del trabajo personal de los indios à quienes se les señala en las tierras de sus respectivos pueblos una parte

---

(1) L. 11. tit. 13. lib. 4. de la Rec. de Ind (2) Tit. 4. lib. 6. de la Rec. de Ind.

que labren para que de sus frutos se junten los capitales que llaman *bienes de comunidad.*

Todo lo que resulta de esta hacienda, se debe poner en una arca capaz y segura; y habiendo cantidad considerable, se ha de imponer à premio por la Real Audiencia à quien se encarga el cuidado de reconocer la plata que haya en la caxa de comunidad. (1)

Los fines y destinos mas laudables que se pueden dar á estos bienes, que solo se pueden invertir en utilidad de los indios, serán para gastos de misiones para desarraigar la idolatría de los indios, para casas de reclusion, y para seminarios en

---

(1) Ll. 4. y 5. tit. 4. lib. 6. Rec. de Indias, y Real orden de 14. de sept. de 1788.

que se eduquen los hijos de caciques. (1)

DE LAS COSAS DE CADA UNO.

Las cosas de cada uno son aquellas que están en el patrimonio de cada particular, ó verdaderamente como si en la actualidad tiene dominio en ellas, ó por ficcion como quando el derecho finge que una cosa está en dominio no teniendo señor alguno, v. g. la herencia yacente. (2)

Otra division hay de las cosas en corporales è incorporales, y de ella se tratará en el tit. 2.° Las primeras son las que se pueden ver y tocar: estas se dividen en muebles y raices: muebles son las que pue-

(1) Ll. 14. y 16. tit. 4. lib. 6. Rec. de Ind. (2) L. 2. tit. 28. P. 3.

den moverse por sí mismas, ó pueden ser movidas por el hombre de un lugar à otro; y raices son las que no se pueden mover naturalmente ni por sí ni por los hombres. (1) Las cosas incorporales son las que ni se pueden ver ni tocar, y son los derechos y acciones. (2)

II. PARTE.

DEL MODO DE ADQUIRIR EL DOMINIO.

Como el dominio es la primera especie de derecho en la cosa, antes de tratar de él y del modo de adquirirlo, es necesario explicar 1.º qué sea *derecho en la cosa, y à la cosa*, y quantas especies haya de uno y otro. 2.º Que es dominio y como se

(1) L. 4. tit. 29. Part. 3. (2) L. 1. tit. 30. Part. 3.

divide. 3.° Que cosa es modo de adquirir dominio. 4.° Como se dividen y quantos son los modos de adquirirlo.

§. I.

QUE SEA DERECHO EN Y A LA COSA.

El primero es una facultad que compete al hombre en una cosa cierta y determinada sin referencia á persona alguna. (1) El 2.° por el contrario es la facultad que tiene una persona contra otra para obligarla à que le dé ó le haga alguna cosa. (2)

Las diferencias de uno y otro derecho son claras. 1.° Quando tengo derecho *en la cosa*, la cosa es la que

(1) Arg. de la l. 13. tit. 11. P. 3.
(2) Arg. de la l. 33. tit. 5. P. 5.

me está obligada y quando tengo derecho *á la cosa* la persona.

2.º Por el derecho *en la cosa*, pido lo que ya es mio; y por el derecho *á la cosa* pido que se me dé ó se me haga aquello que otro está obligado à darme ó hacerme.

3.º Del derecho *en la cosa*, nacen acciones reales contra qualquier poseedor, y del derecho *á la cosa* solamente personales contra aquella persona determinada con quien traté. Con un exemplo que se ponga de alguna cosa en que se tiene dominio perdída ó hurtada, y otra comprada y no entregada, se verá clara la distincion de ambos derechos.

De derecho *á la cosa*, no hay mas que una especie, y es la *obligacion*; pero de derecho *en la cosa* hay varias. Quatro se enumeran

comunmente, *dominio*, *herencia*, *servidumbre* y *prenda*.

§. II.

QUE SEA DOMINIO Y SUS DIVISIONES.

La primera especie de derecho en la cosa, diximos que se llamaba dominio: este es *el derecho en una cosa corporal del qual nace la facultad de disponer de ella y de vindicarla, si no es que lo impida ley convencion ó voluntad de testador.* (1)

Se dice *derecho en la cosa*, por que al señor le está de tal suerte obligada la cosa, que la puede extraer de qualquiera poseedor. Debe ser en cosa precisamente *corporal*, por que las incorporales no están en *dominio*,

(1) L. 1. tit. 28. P. 3.

sino en los *bienes.* Se dice ademas: *del qual nace la facultad de disponer de la cosa y de vindicarla*, por que el que es señor tiene en primer lugar la facultad de disponer de sus cosas, usando de ellas con exclusion de qualquiera otro: la puede donar vender y transferir à otro como quisiere; y tiene en segundo lugar la facultad de vindicarla, esto es, extraerla de qualquiera poseedor. Pero con todo para varios casos se añade en la definicion: *si no es que ley convencion ò voluntad de testador lo impida. Ley*, v. g. esta impide que vindiquémos las cosas que ya nos han prescrito. *Convencion:* esta prohibe al feudatario enagenar el fundo aunque sea dueño de él. *Voluntad de testador*; y esta finalmente prohibe la enagenacion de una cosa de-

xada por el testador con la condicion de nunca enagenarla.

El dominio se divide en *pleno y menos pleno*. El primero es quando la facultad de disponer de la cosa y la de usarla están juntas en una persona. El segundo se dá quando estos dos derechos están separados, de suerte que una persona tenga el uno y otra distinta el otro. Por exemplo: en el feudo, el vasallo tiene el derecho de percibir las utilidades de la cosa; pero no la de disponer à su arbitrio de ella, sino que está dividido entre el señor y el vasallo, de manera que no puede este enagenar el fundo ni hipotecarlo sin consentimiento del señor: luego ninguno de los dos tiene dominio pleno, sino menos pleno.

Este dominio menos pleno, se

divide en directo y útil: aquel que tiene la facultad de disponer de la cosa, tendrá el dominio directo; y aquel que disfruta solamente sus utilidades, el dominio útil. El enfiteusis nos servirá de exemplo: el señor del enfiteusis tiene el dominio directo, y el enfiteuta el dominio útil. (1) Veamos ahora.

§. III.

QUE COSA ES MODO DE ADQUIRIR DOMINIO.

Es digna de notarse la distincion que se encuentra entre el *titulo y el modo de adquirir dominio*; y debe tenerse presente para todo lo que se

(1) L. 1. tit. 28. P. 3.

tratará adelante. Todo dominio tiene dos causas, *proxîma y remota.* Proxîma es aquella por la qual sin mediacion de otra cosa se consigue el dominio, y remota se llama la que debe preceder y mediante la qual se adquiere, v. g. si yo compro una alhaja de Ticio y este me la entrega, adquiero dominio. En este caso la tradicion es causa proxîma, y el contrato de compra es la remota. La causa proxîma se llama *modo de adquirir*, y la remota *titulo.* (1)

Los efectos de estas dos cosas son tambien diferentes. 1.º Por el titulo solamente se adquiere derecho *á la cosa*, y por el modo de adquirir *en la cosa.* 2.º El titulo solo da accion *personal* contra aquel con quien

(1) Ll. 46. y 47. tit. 28. P. 3.

tratámos, y el modo de adquirir la dá *real* contra qualquiera poseedor. Sirva pues de regla general: que *el titulo nunca dá derecho en la cosa, si no se le junta la tradicion.* Luego aunque yo haya comprado alguna cosa ó se me haya donado ó legado, no soy señor de ella antes que se verifique la entrega que es la que solamente transfiere el dominio ó el derecho en la cosa, siempre que precede titulo hábil para transferir el dominio: luego ni el titulo basta sin tradicion, ni la tradicion sin titulo.

Esto no obstante se encuentran algunos casos en los quales se dá derecho en la cosa sin tradicion, por no ser esta posible.

1.° En la hipoteca. Esta no se entrega al acreedor como las otras

prendas, y sin embargo produce derecho en la cosa por solo el pacto sin tradicion, verificandose que el acreedor tiene accion real, aunque no haya recibido ni posea la cosa hipotecada.

2.° En las servidumbres negativas. Las servidumbres son derechos, y estos son cosas incorporales en que por su naturaleza no se puede verificar tradicion, sino *quasi tradicion*. Esta quasi-tradicion consiste en el exercicio del uno, y la tolerancia del otro: v. g. si uno me prometió servidumbre de camino por su fundo, y yo en esta virtud voi ando y exercito la dicha servidumbre, entonces se dirá que esta se me *quasi entregó*. Pero esto solamente puede tener lugar en las servidumbres afirmativas, como de goteras,

camino, desagüe y otras semejantes. Mas no en las que se llaman negativas, por que en ellas es imposible que se verifique tradicion ni quasi-tradicion: v. g. si yo prometo à Ticio la servidumbre de no levantar mis paredes, en este caso no tengo que entregarle, ni él que exercitar, sino que por solo el pacto que precedió tiene derecho en la cosa: es decir, con solo titulo.

3.° La cosa adjudicada por los tres juicios divisorios; y así en estos por el hecho de adjudicarse la cosa, y sin que preceda tradicion, se adquiere el dominio. Luego al coheredero ó al señor del fundo comun ó al vecino de cuyo fundo se señalan los limites, pasa el derecho en la cosa al punto que se le adjudica.

4.° Las adquisiciones por tes-

tamento, son la ultima excepcion; y la razon consiste, en que la tradicion se debe hacer por el señor, y el muerto no puede entregar cosa alguna. Luego el heredero lo será sin tradicion.

§. IV.

CÓMO SE DIVIDEN Y QUANTOS SON LOS MODOS DE ADQUIRIR EL DOMINIO.

Los modos de adquirir el dominio unos tienen su orígen del derecho natural y de gentes, y estos son comunes à todas las naciones: otros se derivan del derecho civil, y se diferencian segun las leyes de los pueblos. La tradicion v. g. es un modo de adquirir comun à todas las

naciones: por el contrario la prescripcion, ó no la conocen, ó á lo menos guarda en otros reynos distintas reglas que en España: de donde se infiere que la tradicion es un modo de adquirir por derecho de gentes, y la prescripcion por derecho civil.

Los modos naturales de adquirir unos se llaman *originarios*, y otros *derivativos*. Si adquirimos una cosa que no está en dominio de otro, como una fiera, un pez &c, será modo de adquirir originario; pero si una cosa que está en dominio de otro, se nos transfiere y entrega por su dueño, será derivativo, v. g. el comprador que adquiere el dominio de la cosa comprada. En los mismos modos originarios se encuentra todavía una subdivision oportuna; por qué ó adquiero la substancia misma de la

cosa, ó su aumento y frutos: en el primer caso será un modo de adquirir perfectamente originario, y en el segundo será menos perfecto: por exemplo, si alguno coge un enjambre de abejas en el monte y lo encierra en su colmena, este modo de adquirir será perfectamente originario, porque lo que ha adquirido es la substancia misma de las abejas, haciendose despues tambien dueño de la miel que fabrican; y aquí tenemos otro modo de adquirir originario, aunque no tan perfecto como el primero á causa de que por él se ha hecho dueño del aumento y frutos de la cosa.

Con lo dicho se infieren claramente los modos naturales que hay de adquirir. Uno es originario perfecto, y este se llama *ocupacion*. Otro hay originario menos perfecto,

y este se llama *accesion*; y otro derivativo que se llama *tradicion*.

§. V.

DE LA OCUPACION, PRIMER MODO DE ADQUIRIR EL DOMINIO.

La ocupacion es *la aprehension real de una cosa corporal de ninguno con animo de adquirirla para sí.* (1) Se llama *aprehension real* la ocupacion, y esta debe ser tal, qual lo requieran las circunstancias de la cosa: v. g. que coxa la fiera, que ponga los pies en el fundo &c. Pero se añade *con animo de adquirirla para sí*, por que si falta este, por la sola aprehension nada se adquiere, de la misma suerte que el animo solo no basta sin la aprehen-

(1) L. 17. tit. 28. Part. 3.

sion: si un loco v. g. levanta del suelo una piedra preciosa, no la hace suya por que le falta el animo de adquirir: por el contrario si uno desde lejos vé una piedra preciosa en la ribera y tiene intencion de cogerla, no la hace suya si otro que estaba mas cerca la levanta primero y la aprehende: se añade finalmente que la cosa debe ser *de ninguno*, por que si yá tuviere dueño, será hurto y no ocupacion. De aquí nacen tres axiomas que sirven en toda la materia de ocupacion.

1.° *Las cosas que son de ninguno, ceden al primero que las ocupa.* (1) Pero una cosa puede ser de ninguno, ó *por naturaleza* como una fiera en el monte: ó *por tiempo* como

(1) L. 5. tit. 18. Part. 3.

un tesoro de cuyo dueño no hay memoria: ó por que su primer dueño ha querido abandonar su cosa y excluirla del numero de sus bienes. (1) Para todos estos casos, vale el axîoma sobredicho: *lo que es de ninguno cede al primero que lo ocupa.*

2.° *La ocupacion se debe componer de animo, y aprehension ó acto corporal.* (2) La razon es, por que mientras que la cosa no se toma, no hay motivo para decir que pertenece mas à uno que à otro; y si no hay animo ó intencion de apropiarsela, el acto no es humano, y así no puede producir efecto alguno civíl. (3)

---

(1) L. 49. y 50. tit. 28. Part. 3. (2) L. 49. tit. 28. Part. 3. (3) Ll. 17. 20. y 49. y 50. tit. 28. Part. 3.

3.° *Aquellas cosas cuya posesion no se puede conservar, tampoco se pueden ocupar.* Y es la razon, porque de nada aprovecha haberlas tomado, si no puede retener la posesion.

Las especies que hay de ocupacion, son tres: *caza, ocupacion bélica, é invencion. Caza* se llama la aprehension de bestias fieras; y como estas, ó son quadrupedos, ó aves, ó peces, de aquí nace que la *caza* es de tres maneras: caza propiamente dicha que es la de quadrupedos: caza de aves; y pesca de animales del agua. (1) *Ocupacion bélica*, es la aprehension de las cosas de los enemigos en guerra; y la *invencion* que es de cosas muebles que, ó no han

(1) L. 17. del mismo tit.

estado en dominio de alguno, ó si lo estuvieron, fueron abandonadas por su dueño. Así se adquieren las perlas y otras piedras preciosas que arroja el mar.

La primera especie de ocupacion diximos que era la *caza*; y siendo esta de bestias fieras, veamos quales lo sean: de que manera se hacen nuestras; y cómo perderémos su dominio.

Las bestias se dividen en mansas, fieras, y amansadas. Fieras son aquellas que no se cogen sino por fuerza, y quando se van, no tienen animo de volver: v. g. un pájaro, un leon. Mansos son los animales domesticos que van y vuelven, como los perros, gallinas, &c. Amansados son aquellos que por su naturaleza son salvajes; pero criados en las

casas se amansan, como los pavos, las palomas monteses &c. (1) De todas estas especies de animales, solo los feroces se pueden ocupar por la caza, (2) nó los mansos, ni amansados.

Como hemos dicho que las cosas que son de ninguno ceden al primero que las ocupa, se infiere claramente que las fieras luego que alguno las coge las hace suyas. (3) Pero esto se hade entender conforme á derecho. Se supone que las fieras son cosas de ninguno, lo qual, atendido el derecho de gentes, no tiene duda; pero como en todos los reynos que han sido adquiridos por conquista ó por sucesion heredita-

---

(1) Ll. 17. 19. 23. y 24. tit. 28. P. 3. (2) L. 22. tit. 28. P. 3. (3) L. 17. tit. 28. P. 3.

ria, nada hay que sea de ninguno, sino que todo se halla ocupado por el Principe, de aquí nace que en el reyno de España que ha sido adquirido de los modos dichos, todo está yá en el dominio del Rey, y así puede privar à los particulares del uso de todas aquellas cosas que en otras circunstancias fueran de ninguno, ó imponer leyes que lo arreglen.

Segun este principio está concedida la facultad de cazar y pescar con varias limitaciones. 1.ª Que no se caze en tiempo de cria. 2.ª Que no se armen cepos grandes en los montes. 3.ª Que para la pesca no se use de cal viva, tósigo, veneno, ù otras cosas perjudiciales. (1)

En la América hay otra especie de pesca, que es la de las perlas.

---

(1) l. 1. 2. 6. y 9. tit. 8. lib. 7. Rec. de Cast.

Esta se halla concedida por el Rey tanto à los españoles, como á lo indios (1) pagando á la Real ha cienda el quinto de las que pesca reo, y sacando licencia del gober nador y oficiales reales de la pro vincia; pero las que fueren mu buenas, deben ser para el Rey po su justo precio. (2) La justicia d estos derechos se infiere de lo dich arriba. Quede pues asentado, qu todo aquel que tuviere derecho d pescar ó cazar, hace suyo lo qu prende, porque lo que es de nin guno cede al primero que lo ocup

Del mismo principio se infie que se pueden coger las fieras au en el fundo ageno; (3) pero esto

(1) L. 29. y 30. tit. 25. lib. Rec. de Ind. (2) L. 29. tit. 25. lib. Rec. de Ind. (3) L. 17. tit. 28. P. 3.

entiende con dos condiciones: la primera, que no haga daño à las siembras, y la segunda que no se lo prohiba el señor del fundo: por que si se lo impidiere como puede en virtud del dominio que tiene en su cosa, todo quanto cazare debe ser del dueño del fundo que le impidió la entrada ó la caza. (1)

Por la razon contraria no se pueden cazar las bestias mansas, ni amansadas pues estas tienen dueño, y será hurto el aprehenderlas. (2)

Aunque hemos dicho arriba que para la ocupacion es absolutamente necesaria la aprehension, con todo por nuestro derecho el que hirió la fiera es dueño de ella mientras la sigue, y ninguno otro la puede

(1) L. 17. tit. 28. P. 3. (2) L. 24. tit. 28. P. 3.

prender y ocupar, como disponía la ley de Partida (1) teniendose desde luego en este caso por ocupada yá por el cazador. (2) La regla que tenemos para saber hasta quando permanecerán en nuestro dominio las fieras, ès esta: mientras que la fiera no ha recobrado su natural libertad, es nuestra; si se huye y escapa de la guarda en que la teníamos, la perdemos, y es del que primero la coxa.(3)

Por lo que hace á las amansadas, serán nuestras mientras conservaren la costumbre de ir y volver á la casa de su dueño; pero si la perdieren y yá no volvieren, perderá su dueño el dominio que en

---

(1) L. 21. tit. 28. P. 3. (2) L. 16. tit. 4. lib 3. del Fuero Real. (3) L. 23. tit. 28. P. 3.

ellas tenía, y las podrá ocupar qualquiera que las encuentre. (1)

La segunda especie de ocupacion diximos que se llamaba *ocupacion bélica*, y es la aprehension de las cosas de los enemigos en guerra, (2) por fingir el derecho que son de ninguno respecto del otro enemigo. De aquí se deducen varias conclusiones.

1.ª Todo lo que se toma de los enemigos se hace nuestro. (3) Decimos que lo que se toma de los *enemigos*, por que este derecho no tiene lugar en las guerras civiles.

2.ª El enemigo tiene derecho de recobrar sus cosas que le han sido tomadas, pues nosotros somos

(1) La misma l. 23. del dho, tit. al fin. (2) L. 20. tit. 28. P. 3. (3) L. 1. tit. 26. P. 2.

tambien enemigos suyos, y así, si las recobra no comete hurto.

3.ª El dominio de las cosas quitadas à los enemigos se adquiere habiendolas tenido una noche, ó puestolas en seguridad durante el dia, y con las mismas condiciones adquieren ellos el de las cosas que nos toman; de suerte que si otro de los nuestros se las quita despues de haber trasnochado en su poder, ó despues de que ellos las hayan asegurado, no deben ser del que primero las perdió, sino del que las rescató. (1) Pero esto tiene lugar quando la guerra ó corso es por tierra, por que si fuere por mar no se adquieren las cosas, hasta llegar al puerto y asegurarlas. (2) La ra-

(1) L. 26. tit. 26. P. 2. (2) L. 13. tit. 9. P. 5.

zon de la variedad de estos derechos es, por qué en tierra es mas facil asegurar las cosas que en el mar, en el qual mientras no se llega al puerto, pueden venir los enemigos al alcanze y recobrar lo perdído, pues tienen derecho à ello como hemos dicho. (*)

4.ª La presa que se toma en la guerra, sea por mar ó por tierra, no es de los soldados que despojan à los enemigos, sino de aquel à cuya costa se hace la guerra, (1) y siempre es del REY la quinta parte de

(*) La adquisicion de las ciudades, villas, lugares &c y demás raices no tiene efecto, hasta que se confirma por los tratados de paz, pues mientras dure la guerra no ha perdído su soberano la esperanza de recobrarlas, ni el derecho sobre ellas. Olmeda. tom. 2. lib. 2. cap. 11. (1) Ll. 27. y 29. tit. 26. P. 2.

todo lo mueble aun quando no la costée, y todas las ciudades villas y demás raices que se ganaren (1) le pertenecen enteramente.

Pero deseando nuestro Rey la seguridad de las embarcaciones de sus vasallos, ha procurado fomentar á los que se aplican á hacer el corso; y á mas de dispensarles su proteccion y auxîlios para el armamento y habilitacion de sus buques: recompensas de honor á los que se distinguieren en acciones particulares, dando gratificaciones á los que lograren ventajas sobre los enemigos, ha cedido quanto le pertenece por razon de su quinto de las mismas presas, de suerte que en los cor-

(1) L. 4. y 5. tit. 26. P. 2. l. 20. tit. 4. lib. 6. de la Recop. de Cast.

sarios se verifica que quanto cogen á los enemigos lo hacen suyo. (1)

La tercera especie de ocupacion es la *invencion*, que segun diximos es: la aprehension de las cosas muebles que, ó nunca han sido de alguno, ó fueron abandonadas por su dueño. (2) En la invencion pues, se requiere 1.° ánimo de adquirir: 2.° aprehension verificada con acto corporal; y 3.° cosa mueble de ninguno. De este modo se hacen nuestros el oro, piedras preciosas, perlas y demás que se encuentran en las riberas del mar, ó de los rios. (3)

---

(1) L. 21. tit. 4. lib. 6. Rec. de Cast. Real ced. de 1. de julio de 1779. en donde se incluyen las ordenanzas de corsarios. Vease el princip. y el art. 46. y la ordenanza novisima de 12. de oct. de 1796. y la Adicion de 21. de mayo de 1799. (2) Arg. de las ll. 5. y y 49. tit. 28. P. 3. (3) L. 5. tit. 28. P. 3.

Así mismo se hacen nuestros los tesoros. Tesoro se llama un depósito muy antigüo de dinero, de cuyo dueño no hay memoria. De donde se infiere que si la moneda encontrada es de nueva fábrica, no es de los tesoros de que hablamos, ni adquirirá cosa alguna el que la encuentre, pues, ó exîstirá su dueño, ó sus herederos à quienes se debe entregar.

Los tesoros, guacas, ó depósitos que los indios tenían en sus entierros, y las minas de oro y plata &c. en España è Indias pertenecen al Rey; pero siempre tiene parte el inventor como veremos.

Por lo que hace à los tesoros en España, el que supiere que lo hay en la villa ó lugar donde mora, lo debe hacer saber por ante escri-

bano à la justicia de aquel lugar; y si se hallare, se le debe dar por galardon la quarta parte de lo que así se encuentre. (1) Pero en la América, qualquiera que intente descubrir tesoros, debe capitular primero con el Rey, ó con los vireyes, presidentes ó gobernadores la parte que se le ha de dar de lo que sacare, y debe dar fianzas bastantes de que satisfará los daños que de buscar el tesoro se siguieren en las casas ó posesiones de los dueños donde presumieren que está, como fuere tasado por personas de inteligencia nombradas para ello, y hará el descubrimiento por su cuenta pagando todas las costas y gastos necesarios. El descubrimiento se hará ante una

(1) L. 1. tit. 13. lib. 6. Rec. de Cast.

persona de satisfaccion elegida por el gobernador, la qual irá y asistirá con el descubridor, llevando cuenta y razon de lo que hallare, con orden de que lo haga valuar y tasar, y al descubridor se le dará la parte que le pertenece conforme à lo resuelto, ó por concierto ó capitulacion se le hubiere concedido fuera de los derechos y quintos del Rey. (1)

De las guacas ó tesoros que se hallan en sepulturas, casas, ó templos de indios, ó en otros lugares en que ofrecían sacrificios à sus idolos sean buscadas de proposito, ó halladas acaso, de lo que fuere metales de oro y plata, fundidos ó labrados, piedras y perlas, se ha de pagar al Rey el quinto, y uno y

(1) L. 1. tit. 12. lib. 8. Rec. de Ind.

medio por ciento de fundicion, ensayador y marcador, si no constare estar ya pagado, sacando primero el uno y medio, y luego el quinto; y del cobre, y plomo, y estaño, uno por ciento, y el quinto: y de lo restante se aplica à la Real Hacienda la mitad de todo, sin descuento de cosa alguna, y la otra mitad es para la persona que lo descubriere. (1)

Las minas están declaradas por propias del Rey, así por su naturaleza y orìgen, como por su reunion à la corona. (2) Sin separarlas de su Real patrimonio las tiene concedidas à sus vasallos en propiedad, de tal manera, que puedan venderlas,

(1) L. 2. tit. 12. lib. 8. Rec. de Ind.
(2) L. 4. tit. 13. lib. 6. Rec. de Cast. y Real ordenanza de minas de 1783. tit. 5. art. 1.

permutarlas, arrendarlas, donarlas, ó de otra qualquiera manera enagenarlas, (1) entendiendose esta concesion bajo la calidad de pagar el quinto de todo el oro y plata que se sacare, fuera de gastos. (2) Tambien deberá pagar el que descubriere mina el terreno que ocupare, sea del comun ó de algun particular, y los daños que se sigan à tasacion de peritos.(3)

Adviertase que los bienes mostrencos, que son aquellos cuyos dueños se ignoran, no pertenecen à la invencion, pues hechas las diligencias prevenidas, y tenida la cosa de manifiesto, y pregonada una vez cada mes

---

(1) Dha. Real ordenanza de minas tit. 5. art. 2. (2) Art. 3. y 14. del tit. 6. y el tit. 19. lib. 4. Rec. de Ind. (3) Vease el art. 14. del tit. 6. de la misma ordenanza.

por espacio de un año no pareciendo su dueño se entregará à la cámara y fisco del Rey. (1)

§ VI.

DE LA ACCESION, SEGUNDO MODO DE ADQUIRIR.

El segundo modo de adquirir originario, se llama *accesion*: esta es un *derecho de adquirir lo que se aumenta ó junta à nuestra cosa.* La razon en que se funda esta adquisicion es, por que es muy natural que de quien es lo principal, sea tambien lo accesorio: v. g. de quien es el arbol, de él es el fruto. La accesion es de tres maneras *natural* que proviene de obra de sola la

(1) Ll. 6. y 7. tit. 13. lib. 6. Rec. de Cast. y l. 6. tit. 12. lib. 8. Rec. de Ind.

naturaleza, como el feto de un animal: *artificial* que es un aumento causado á nuestra cosa por sola la industria, como si alguno escribe en nuestro papel; y *mixta* quando concurre la naturaleza y la industria á producir algun aumento, por exemplo en un campo sembrado y cultivado.

La accesion puramente natural, tiene varias especies; y son el feto, la isla, el aluvion, la fuerza del rio, y la mutacion de madre.

El feto es una especie de accesion que resulta por la generacion de una substancia animada, y se ha tenido siempre por parte de la madre y como una accesion suya; y de aquí resulta el axioma siguiente. *Todo lo que nace de un vientre que está en nuestro dominio, es nuestro.*

De donde se infiere que todo

lo que nace de un animal, es del dueño de este, es decir, de aquel que lo tiene en su dominio v. g. el ternero es del señor de la vaca, y al señor del toro nada se le debe sino es que haya pacto entre los dos señores ó costumbre de pagar alguna cosa en este caso. (1)

La segunda especie de accesion natural es la isla que nace de nuevo. Esto puede acaecer, ó en un rio ó en el mar, ó dividiendose el rio y uniendose mas abajo. La isla que nace en el rio se considera como accesoria á las heredades que están situadas à una y otra parte de las riberas. Esto se ha establecido así, desde luego por que esta isla se considera que resulta de la tierra

(1) L. 25. tit. 28. P. 3.

que las corrientes del rio han llevado á aquellas heredades. Y así, si nace en el medio del rio, los que poseen fundos en uno y otro lado la dividen segun sea el tamaño de sus fundos á proporcion. (1) Si la isla se acerca mas á una ribera que á otra de suerte que esté en la una mitad del rio, la dividirán entre sí solamente aquellos que tienen sus heredades à esta parte; y siempre que ni esté en el medio, ni á un lado perfectamente, se hará la medída y division con proporcion al tamaño de las heredades, y al lugar de la isla. (2)

La que nace en el mar, será muchas veces de ninguno siendo este

(1) L. 27. tit. 28. P. 3. (2) L. 27. del mismo tit. y Part.

comun; (1) pero si apareciere en el mar ocupado por algun principe, será de este: por ser regla general que el dueño de lo principal lo es tambien de lo accesorio.

Aluvion y fuerza del rio. La tercera y quarta especie de accesion natural es el acrecimiento que los rios causan poco à poco y sin sentir, y el que resulta de una avenida repentina. En el primer caso, esto es, quando poco à poco se aumenta algo à mi heredad por el rio, ninguno puede saber de que campo lo ha llevado para añadirselo al mio: por lo qual el aumento que resulta en este caso cede al campo à que se allega. (2) Por el contrario, si el rio violenta y repentinamente arranca

---

(1) L. 29. del mismo tit. y Part.
(2) L. 26. d. tit. y P.

una parte á la heredad vecina y la añade á la mia, puede el dueño de la heredad disminuida vindicar esta parte que le ha llevado la fuerza del rio. Luego no se hara dueño de este aumento el señor de la heredad aumentada, si no es por prescripcion, si el dueño no reclamare la parte arrancada, y mientras tanto se arraigaren los arboles en el fundo á que fueron llevados. (1) Mas lo que se ha dicho de el aluvion, solo tiene lugar en los campos que no tienen mas limites que el rio á que llaman *arcifinios*: pues si fueren de los que tienen cierto limite, lo que se les aumentare será público.

La ultima especie de accesion es la mutacion de corriente de los

(1) Vease toda la l. 26. tit. 28. P. 3.

rios, que sucede quando toman nuevo camino y dejan seco el antiguo. En este caso, todo aquel espacio que ocupaba antes el rio, se considera como accesorio de las tierras contiguas; y asi lo dividen entre sí à proporcion del frente de cada uno de los campos. (1)

Hemos visto ya las accesiones naturales: siguense ahora las puramente industriales. De estas hay tres especies, y son *adyuncion*, *especificacion y conmistion*. Adyuncion es, quando la cosa agena se junta à nuestra materia; y esto puede ser ó por *inclusion*, como si una piedra agena se engasta en un anillo mio; ó por *soldadura*, como si un pié ageno se le acomoda soldandolo con el

(1) L. 31. tit. 28. P. 3.

mismo metal à un candelero mio; ó por *intestura*, como si los hilos de púrpura agena se texen en mi paño; ó por *edificacion*, como si edificó en suelo ageno con materiales mios, ó en suelo mio con materiales agenos; ó por *escritura*, como si se escribiese en papel ageno; ó por *pintura*, como si un pintor dibujase ó pintase en tabla de otro.

En todos estos casos, lo accesorio sigue á lo principal: por principal se entiende la misma cosa exîstente por sí y sin dependencia de otra: y por accesorio, aquello que es un agregado suyo para ornato ó complemento. Así, una tela es lo principal, y el bordado lo accesorio: el brazo de una estatua es lo accesorio, y esta lo principal. De donde se sigue, que la cosa unida á nues-

tra materia, yá sea por soldadura yá por inclusion, se hace nuèstra siempre que con buena fé haya sido unida: pues de lo contrario, esto es, si sabiendo que la cosa era agena se unió á la suya, no adquiere el dominio, antes bien siendo la cosa accesoria del que la unió con mala fé pierde el dominio de ella, y presume el derecho que la quiso donar quando á sabiendas la unió á materia agena. (1) De esta regla general solo se exceptúa la pintura, que debiendo ceder á la tabla, en consideracion à su nobleza, no cede sino la tabla à la pintura. (2) En todos los demás casos vale la regla dada antes; y así, lo que se ha unido à

---

(1) Veanse las ll. 35. 36. 37. 38. 42. y 43. tit. 28. P. 3. (2) L. 37. tit. 28. P. 3.

nuestra cosa principal, no lo puede vindicar su dueño, por que en virtud de la accesion hemos adquirido dominio. Pero como sería cosa injusta que uno se enriqueciese con daño de otro, por medio de varias acciones nos concede el derecho que nos indemnizémos: y por tanto, si el señor de la materia está en buena fé, puedo obligarle à que me pague el valor de mi cosa que adquirió por derecho de accesion. Si procedió de mala fé, no la hizo suya y tengo contra él accion de hurto. (1)

En la edificacion hay varias cosas singulares. En ella por quanto importa que las ciudades no se deformen con ruinas, está establecido que qualesquiera materiales que

(1) Ll. 35. y 36. d. tit. y P.

uno tome agenos y los acomode en su casa, una vez asentados, no se le puedan vindicar por su dueño, por que sería necesario arruinar el edificio; y así adquiere el dominio de ellos, ahora sea con buena ó mala fé; pero está obligado à pagar el duplo de dichos materiales, ó quanto su dueño jurare delante el juez que recibió de daño por aquellos materiales que le fueron tomados. (1)

(1) Vease la l. 16. tit. 2. P. 3. de la que se colige, que si con buena fé se tomaron los materiales, se debe el duplo, y si con mala, todos los daños y perjuicios seguidos al dueño. El Salas opina que está en arbitrio del actor recibir el duplo ó el interés, y que en practica no se pagará mas que la estimacion de la cosa si se tomó con buena fé. En el §. 29. tit. 1. lib. 2.

Pero si alguno edificó en suelo ageno, siendo poseedor de buena fé, puede retener el edificio hasta que se le pague el valor de los materiales que ceden al señor del suelo. Mas siendo de mala fé, lo debe perder todo en pena del dolo con que sabiendo que el suelo era ageno edificó en él.

La segunda especie de accesion industrial es la *especificacion* y es quando alguno, de materia agena hace una nueva especie: v. g. del oro ó plata agena, un vaso; de la lana agena, paño. Pero se debe notar que solo habrá especificacion quando se dé una nueva forma à la materia como en los exemplos puestos: v. g. ni el vaso ni el vestido existían antes: luego la plata y la lana tomaron una nueva forma. Mas si

persevera la antigua, no será especificacion, como si alguno saca el trigo de las espigas agenas. En el caso pues de verdadera especificacion, se debe distinguir si la especie se puede reducir à su primera forma ò no; si se puede, debe ser del señor de la materia; si no se puede volver à la primera forma, será del que especificó: v. g. si de mi plata hace otro un vaso, yo seré dueño de él: por que se puede fundir y volver à la masa de plata que antes era. Por el contrario, si de mi lana hace otro paño, el texedor será dueño de esta nueva especie, por que este no se puede reducir á la forma antigua de lana. Mas como ninguno se debe enriquecer con daño de otro, tienen entre sí el señor de la materia, y el especificante, accion, ó á

que se pague la estimacion de la materia si el especificante se lleva la especie, ò á que se le paguen las impensas si el señor de la materia la retuviese. (1) Todo lo dicho se entiende quando el especificante haya procedido con buena fé: pues si la tuvo mala, esto es, si supiese que aquella materia á que dá nueva forma es agena, pierde la obra y no debe cobrar las expensas que hizo (2)

La tercera especie de accesion industrial es la *conmistion*: se mezclan las cosas secas, y las liquidas: las primeras despues de la mezcla

---

(1) L. 33. tit. 28. P. 3. (2) L. 33. d. t. y P. al fin ✠. Empero, y sobre ella Berni, quien advierte que la practica en este caso es, que la parte que fabrica, paga estas y daños y perjuicios al dueño del material.

mantienen entera su esencia, v. g. si la cebada se mezcla con trigo: las segundas de tal suerte mudan su esencia que parece hacerse una tercera entidad ó una nueva sustancia: v. g. si el vino se mezcla con aguardiente. La primera se llama propiamente *conmistion*, y la segunda *confusion*. Ahora pues, esta conmistion ó confusion, se hace ó con voluntad de ambos dueños ó de uno solamente, ó por acaso. Si se hace con voluntad de ambos, toda la masa se hace comun, la que deberán partir entre sí segun las cantidades que se mezclaron. Si con voluntad de uno solo, si las cosas son separables, cada uno vindica su materia; (1) y si no lo son, como en el caso

(1) L. 34. tit. 28. P. 3.

de la confusion, el confundente deberá pagar la estimacion y los daños y perjuicios al señor de la cosa confundida. Pero si la conmistion ó confusion se hiciere por acaso, siempre que las cosas se puedan separar sin mucho trabajo, cada uno vindica la suya; pero si no se pudiere, entonces se hace comun el todo y lo parten entre sí, pesando contando ó midiendo la parte que á cada uno debe tocar. (1)

La ultima especie de accesion es la *mista*, y es aquella que proviene parte de obra de la naturaleza y parte, de la industria: tales son la *planta*, la *siembra*, y la *percepcion de los frutos*: v. g. si yo siembro un campo ageno con trigo

(1) D. l. t. y P.

rio, ¿quien cogerá la mies? ¿A quien pertenecerá un arbol puesto en los confines de dos campos, ó el que yo he plantado en campo ageno? Si con buena fé y justo titulo poséo una heredad agena ¿de quien serán los frutos que diere?

Para la siembra y planta es regla general: *todo lo que se siembra y planta cede al suelo* y es la razon, por que este se considera como principal y lo que se siembra como accesorio; lo accesorio sigue à lo principal: luego la mies y el arbol ceden al suelo, ahora se siembre con buena ó mala fé. De los arboles puestos en confines, se puede dar otra regla general: *el dominio del arbol se estima en derecho por la raiz;* (1) y así si se

(1) Argumento de la l. 43. t. 28. P. 3, ℣. otro si, en el medio.

estendiesen las raices por la heredad agena de suerte que las principales por donde crece estuviesen en ella, gana el dominio del arbol el dueño de la heredad á donde pasasen las raices, aunque caigan las ramas sobre las tierras del que lo plantó. Y en el caso de que parte de las raices principales estuviesen en la una heredad y parte en la otra, será el arbol comun á los dueños de las dos heredades. (1) La razon de este derecho es, porque los arboles y plantas atraen todo su nutrimento y suco vital por las raices: luego se alimentan de aquel suelo à donde extienden estas, y parece justo que para el dueño de aquel suelo que mantiene el arbol,

(1) D. l. 43. t. y P. hasta el fin.

sean los frutos todos, ó una parte si uno solo no fuere el suelo que alimenta la planta.

De las reglas dadas se infiere claramente, que siempre que se siembre semilla propia en campo ageno, ó semilla agena en mi campo, la siembra será del señor del suelo; pero debe pagar los gastos hechos en la siembra y en la semilla. (1) Se infiere tambien, que toda planta puesta en nuestro suelo se hace nuestra; pero no antes de que arraigue. (2) La razon es, por que antes de criar raices, puede facilmente y sin daño alguno arrancarse y trasladarse á otro suelo, y no hay razon para que al instante ceda al señor del suelo, sin haberse alimen-

(1) D. l. t. y P. (2) Dha. l. 43.

tado de su tierra. En este caso, como en el antecedente, se deberá pagar el precio del arbol ó planta, y las expensas si algunas se huvieren hecho.

Por lo que hace á la percepcion de frutos, que es la tercera especie de accesion mixta, verémos primero qué especies hay de frutos y qué se requiere para que uno haga suyos los percibidos de una cosa agena. Los frutos pues, ó son naturales ó industriales. Naturales son aquellos que por sí mismos dán los campos sin trabajo ni cuidado alguno del hombre, como son los arboles de frutas silvestres, el heno, paja &c. Industriales se llaman aquellos que requieren siembra y cuidado del hombre, como el trigo y qualquiera otra utilidad, que hace

rendir à una heredad la diligencia del hombre. (1)

Las condiciones necesarias para adquirir los frutos de la cosa agena, son: primeramente *buena fé*, la qual no es otra cosa que aquel juicio recto con que uno cree que es verdadero señor de la cosa sin que tenga fundamento para juzgar lo contrario. Esta buena fé, debe ser continua ó perpetua; y así en el momento en que sabe uno que no es dueño, si con todo percibe los frutos, ya no es poseedor de buena fè, ni los hace suyos. Se requiere tambien *justo titulo y* habil para transferir el dominio como los que explicamos arriba; porque si á alguno por exemplo le huviese yo dado en

---

(1) L. 39. tit. 28. P. 3.

comodato una yegua, sería cosa absurda que se quisiese apropiar el pollino con este titulo. Posee à la verdad con buena fè y justo titulo; pero no habil para transferir el dominio, pues quando damos nuestra cosa en comodato, no es para que el comodatario se haga señor de ella, Finalmente, es necesaria *posesion*; y no una mera detencion de la cosa, que se llama *posesion natural*, sino una *posesion civil*, que resulta de la detencion corporal de la cosa, y del animo ó intencion de adquirir ó retener su dominio.

Si concurren pues, estos requisitos, entonces el poseedor de buena fé se tiene por señor en cuanto á la percepcion de los frutos industriales, mientras no aparece el verdadero señor de la cosa. Decimos

que se tiene por señor, por que hace suyos los frutos industriales percibidos hasta la litis contestacion: y se tienen por tales los que están separados de los arboles ó del suelo; pues no siendo así no se tienen por percibidos aunque estén maduros.

Los naturales, no los hace suyos: debe restituirlos aun quando los haya consumido, pues solo se le conceden en atencion al cultivo y trabajo que ha tenido en ellos; y asi faltando esta razon, es justo que los devuelva. (1)

El poseedor de mala fé, nada hace suyo; y tanto los frutos percibidos como los por percibir, corresponden al verdadero señor de la

(1) Vease la l. 39. tit. 28. P. 3. al princ.

cosa, á quien los debe entregar; y solo podrá cobrar las expensas. (1)

§. VII.

DE LA TRADICION, UNICO MODO DE ADQUIRIR DERIVATIVO.

Hemos visto ya los modos originarios de adquirir: se sigue el derivativo qne es uno solo y se llama *tradicion*. Diximos que modo derivativo de adquirir es, quando el dominio se transfiere de uno á otro; y así definirémos la tradicion diciendo: que es *un modo de adquirir derivativo por el qual el señor de la cosa que tiene derecho y animo ó intencion de enagenar, trans-*

---

(1) L. 30. al fin. Y nótese que de los frutos que restituyese el poseedor de buena fe por no estár percibidos cobra tambien las expensas, como lo dice esta ley en el medio y la 40. que sigue.

fiere con justa causa una cosa corporal en el que la recibe (1) De aqui nacen tres axîomas: 1.° *que solo las cosas corporales se pueden entregar* pues solo estas pueden ser trasladadas con acto corporal de uno à otro: por esta razon las cosas incorporales como los derechos, no se entregan, sino que se quasi entregan; y la quasi tradicion consiste en la paciencia de uno y el exercicio del otro. De la misma definicion se colige que la tradicion ó es *natural*, *ó simbolica*; *brevis manus*, *ò longa manu*. Naturalmente se hace la tradicion, quando con acto corporal se traslada la cosa en el sugeto que la recibe. *Simbolica* se llama, quando se entrega una cosa en señal de

(1) L. 46. tit. 28. P. 3.

otra, cuyo dominio se quiere transferir, v. g. si se dán las llaves del granero que encierra el trigo que se vende. (1) *Longa manu* se dice hacerse la tradicion, quando la cosa se pone en la presencia de aquel à quien se entrega, pero este no la toca sino con solo los ojos. (2) *Brevis manus* se llama un equivalente à tradicion actual, y se verifica quando uno que yá está en posesion de la cosa, se dá por entregado de ella, en virtud de que el dueño precediendo algun trato, se la ceda en toda propiedad: v. g. le doy en comodato à Ticio un libro; despues se lo vendo y le digo, que supuesto que está en su poder, se quede

(1) Ll. 6. 7. y 8. tit. 30. P. 3. (2) L. 6. d. tit. y P. ¶. empero si un home.

con él: en este caso es lo mismo que si se lo entregára.

Axîoma 2.° *la cosa debe ser entregada por el señor.* La razon es: porque lo que uno no tiene, no lo puede dar à otro; y asi si he recibo alguna cosa con buena fé de uno que no es señor, me haré poseedor de buena fè ;pero no señor. El pupilo tampoco puede transferir dominio, por que aunque es señor, no se tiene por persona perfecta por defecto de juicio, y así nada puede hacer de donde resulte peor su condicion sin autoridad del tutor, y por consiguiente ni transferir dominio.

Axîoma 3.° *no se transfiere dominio, si no hay animo de enagenar.* La razon es, porque al señor solamente, compete dar la ley á sus cosas y disponer de ellas; y

si dispone que solo pase el uso ó la custodia de su cosa, el que la recibe por esta tradicion no se hará señor: v. g. si yo doy en deposito ó en locacion ó comodato mi cosa, se verifica tradicion; pero el depositario conductor; ó comodatario, no se hacen dueños de ella: porque en mí, falta el animo ó voluntad de enagenarla.

Axîoma 4.° *no se adquiere el dominio por la tradicion, sino precede titulo habil para transferirlo* como los que explicamos antes, v. g. donacion, venta, legado. El contrato de compra y venta tiene de singular, que aunque se haya perfeccionado por la tradicion de la cosa, con todo no se transfiere el dominio, sino hasta que se entregue el precio; pero si diere fianza

ó prenda, ó el vendedor hiciese confianza del comprador, pasará el dominio de la cosa vendida. (1)

Por lo que hace á la necesidad de la tradicion de la cosa para adquirir el dominio, es digno de notarse que esto tiene lugar ciertamente; atendido el derecho civil pero es muy probable que á esta sutileza no atiende el derecho natural; y así segun este, qualquiera verdadero señor con derecho expedito, que tiene animo ó voluntad de enagenar y la declara expresamente ó por señales destinadas al efecto, transfiere el dominio validamente, aunque no intervenga tradicion de la cosa. (2)

---

(1) L. 46. tit. 28. P. 3. (2) Hein. Elem. Jur. Nat. lib. 1. cap. 10. §. 275.

Al fin de este titulo nace una breve qüestion y es ¿si se podrá entregar algo à persona incierta? Este caso parece que se verifica hasta el dia en la coronacion de de los Principes, y quando toman posesion de sus dignidades muchas personas eclesiasticas, como Arzobispos Canonigos &c. pues entonces se acostumbra arrojar algunas monedas de plata, y esparciendose este dinero con el animo de que qualquiera haga suyo lo que aprehenda, parece que se verifica tradicion en personas inciertas. Pero si atendemos bien á la naturaleza de estos hechos, no hay aqui especie de tradicion, sino de ocupacion pues el que arroja las monedas las abandona, y quiere que sean del que primero se apodere de ellas, y que

el que las hallare, haga lo que quisiere de ellas, como dice la ley de Partida. (1) Luego estas monedas ya son de ninguno; y lo que es de ninguno, cede al primero que lo ocupa.

TITULO II.

DE LAS COSAS CORPORALES É INCORPORALES.

Siguese otra division de las cosas de la qual se hizo mencion en el titulo pasado. Diximos pues, que las cosas, ó son *corporales* ò *incorporales*. (2) Corporales son aquellas que se pueden tocar, esto es, que se pueden percibir por alguno de los cinco sentidos; y así cosas corporales son todas las cosas ma-

(1) L. 48. tit. 28. P. 3. (2) L. 1. tit. 30. P. 3.

teriales: é incorporales por el contrario, las que no se pueden tocar ni percibir por los sentidos, por que consisten en un derecho ó facultad que tiene el hombre para hacer alguna cosa: tal es v. g. el derecho de cazar en un bosque, las servidumbres y todas las obligaciones. Todas estas cosas por ningun sentido las percibimos, aunque sus efectos pueden ser patentes asi à los ojos, como à los otros sentidos.

Supuesto esto, sería facil responder á uno que preguntase ¿si el dinero ó la moneda es cosa corporal? La materia, esto es, el oro ó la plata acuñada que es lo que llamamos moneda, sin duda es corporal porque se puede tocar; pero el valor ó precio intrinseco que contiene es cosa incorporal, porque no

puede percibirse por sentido alguno exterior, sino solo por el entendimiento.

Hemos visto ya que cosas sean corporales é incorporales; resta ver sus calidades. De la misma definicion nace, lo primero: que las cosas incorporales no se pueden poseer; y es la razon: por que poseer, es detener materialmente la cosa guardarla y ponerla en seguro; y todo esto no tiene lugar en las cosas incorporales. Con todo: como estas cosas son nuestras, se dice verdaderamente que las quasiposeemos, mientras hacemos ó podemos hacer uso de ellas y percibir su utilidad. 2.° En las cosas incorporales no se da tradicion sino quasitradicion, lo qual ya se ha explicado arriba. 3.° Las cosas incorporales no estan

en nuestro dominio: porque el dominio como se ha dicho, es derecho en una cosa corporal; y asi no podemos decir *el derecho de prenda ó tal servidumbre ú obligacion está en mi dominio.* No obstante: como estos derechos y obligaciones nos hacen mas ricos, y tienen realmente precio y estimacion, de aqui es que se dice propiamente que están en nuestros bienes.

Las cosas corporales se subdividen en muebles y raices. Muebles se llaman aquellas que ó se mueven por sí mismas por virtud interna que tienen v. g. siervos, animales &c. las quales tambien se llaman *semoventes*; ó pueden ser llevadas de un lugar à otro sin detrimento v. g. las sillas, libros &c. Raices son las que ni por sí, ni

por los hombres se pueden mover ni llevar á otro lugar naturalmente, como las casas, campos &c. (1)

TITULO III.

DE LAS SERVIDUMBRES.

Hemos tratado ya del dominio: siguese ahora tratar de las servidumbres, que es otro derecho en la cosa. Por servidumbre no se entiende aquí aquella de que hablamos en el libro 1.° quando una persona sirve á otra, sino quando una cosa sirve à la persona. Siendo pues esta especie de servidumbre un derecho, esto es una cosa incorporal, con razon despues de explicadas las cosas incorporales en general, se sigue tratar de

(1) L. 4. tit. 29. P. 3.

las servidumbres.

La servidumbre es *un derecho impuesto en la cosa agena, por el qual el señor en su cosa está obligado á padecer ó à no hacer algo en utilidad de otro.* (1) Se dice 1.° que la servidumbre es un *derecho*; pero respecto del que tiene ó goza la servidumbre: por que respecto del que la padece, es obligacion ó carga. 2.° Observese que la servidumbre es *derecho en la cosa*; por lo qual se enumeró arriba entre las especies de derecho en la cosa. Y á la verdad, si yo tengo algun derecho en la casa de mi vecino, no es su persona la que me está obligada, sino su cosa. 3°. Se dice la servidumbre *derecho en la cosa agena*,

(1) L. 1. tit. 31. P. 3.

por que el señor no puede tener servidumbre en su cosa, v. g. si puedo sacar agua del pozo de mi vecino, es servidumbre; pero luego que adquiero la heredad de mi vecino en donde está el pozo, se acabó la servidumbre por que el pozo ya no es cosa agena sino mia; y así no saco la agua por derecho de servidumbre, sino de dominio. Añadese: *por el qual el señor está obligado á padecer, ò no hacer algo en su cosa, en utilidad de otro* » y en esto consiste la esencia de la servidumbre. Por exemplo: si tengo derecho de pasar por el fundo de mi vecino, este está obligado á sufrir que transite por èl; y si obligo á mi vecino à que no levante mas sus paredes, está obligado à no hacer una cosa que pudiera como señor: siem-

pre pues el sirviente está obligado à padecer, ó à no hacer en utilidad del dominante. (1) Las doctrinas dadas hasta aquí, son tan generales que no se da caso en que alguna servidumbre consista en hacer; y así si queremos fingir el caso de que alguno hubiese prometido á su vecino componerle ó renovarle su casa todos los años, no sería servidumbre sino obligacion personal, y por consiguiente no *derecho en la cosa* sino *à la cosa.*

De la definicion dada se infiere claramente de quantas maneras sea la servidumbre. Una cosa puede servir, ó à una persona, ó á otra cosa. Si la cosa sirve à la persona, se llama servidumbre personal: si la

(1) Ll. 1. 2. y 3. tit. 31. P. 3.

cosa sirve à otra cosa, v. g. un fundo à otro fundo, se llama servidumbre real. (1) Por exemplo: un marido al morir deja el usufructo de un fundo á su muger: en este caso el fundo sirve à la persona de su muger, y esta será servidumbre personal, por otro nombre *usufructo.* Por el contrario: si la pared del vecino debe recibir una viga de mi casa, esta servidumbre es real, por que un predio sirve à otro. Las servidumbres personales son quatro: *usufructo, uso, habitacion, y obras de los siervos.* (2) Se diferencian tambien estas servidumbres en su efecto; y así como en las personales la cosa sirve á la persona, sucede que se acaban con esta. Al contrario en las reales:

(1) L. 1. ti. 31. P. 3. (2) D. l. 1.

porque una cosa sirve à otra, duran tanto como las cosas aunque pasen á otras personas.

En este titulo se trata de las servidumbres reales, que tambien se llaman prediales, porque no consisten en cosas muebles sino en raices Mas como en estas servidumbres siempre un fondo sirve à otro fundo ò heredad, el que recibe la utilidad se llama *dominante*, y el que sufre la carga en utilidad del otro *serviente*.

Las servidumbres en nuestro derecho, ó son *urbanas*, ó *rusticas*. Urbana es la que tiene un edificio en otro; y rustica la que tiene una heredad en otra. (1) Esto supuesto se entenderán facilmente varios axío-

(1) L. 2. tit. 31. P. 3.

mas de la servidumbre.

1.º *Toda servidumbre es en la cosa agena.* (1) La razon es, por que siempre que uno usa de su cosa, lo hace en virtud de dominio, y no de servidumbre, segun lo dicho arriba; y así quando se dice que en nuestras cosas se puede poner servidumbre, se entiende que solo el dueño puede imponer á su cosa este gravamen, y no otro. (2)

2.º Axioma: *Ninguna servidumbre puede consistir en hacer, sino solo en padecer ó en no hacer.* (3) La razon es: por que de otra suerte no será la cosa la que sirve ó está obligada, sino la persona del que

(1) L. 13 d. tit. y P. (2) Vease la dha. l. 13. en el principio, y la 10. del mismo tit. (3) Todo el tit. 31. P. 3. y especialmente la l. 1.

debe hacer. Quando la servidumbre es de padecer, se llama *afirmativa*, v. g. la servidumbre de *camino ventana goteras* &c.; pero si es de no hacer alguna cosa, será *negativa* v. g. no impedir la luz, no levantar mas alto &c.

3.° Axioma: *Todas las servidumbres son indivisibles* (1) porque son un simple derecho, y el derecho no se puede dividir; y así á ninguno se le puede conceder la mitad del derecho de camino goteras &c.

De aqui podemos facilmente inferir de qué modos se constituye la servidumbre. Para esto se debe hacer distincion entre el derecho *á la cosa, y en la cosa.* El derecho

---

(1) L. 9. tit. 31. P. 3.

á la servidumbre, lo podemos adquirir: 1.° por pacto ó estipulacion, quando alguno nos promete conceder servidumbre en su cosa. (1) 2.° Por última voluntad, v. g. si alguno en testamento ó codicilo me lega el sacar agua de su fuente &c. (2) 3.° por prescripcion; y en este caso, si la servidumbre es continua, esto es, que sirve continuamente, como el agua que nos viene del fundo ageno, se adquiere por uso de diez años entre presentes, y veinte entre ausentes; y si fuere discontinua esto es, que no se usa sino algunas veces, como es la senda ó camino, no puede ganarse sino por tiempo inmemorial. (3) Pero en el

(1) L. 14. tit. 31. P. 3. (2) D. l. 14. (3) D. l. 14. al fin, y la 15. tit. 31. P. 3.

primer caso, no hay mas que derecho à la cosa: la persona del que promete ó el heredero me está obligada, y no la misma cosa De aquí es, que solo tendré accion personal y no real. Pero el derecho en la cosa no se adquirirá sino por la subsiguiente *quasi tradicion*, y se llama así, por que como la servidumbre es derecho, que es una cosa incorporal, propiamente no se puede entregar sino quasi entregar; y esta quasi tradicion se verifica por el uso del uno, y la paciencia del otro, v. g. sí se meha concedido sacar agua del fundo vecino, y yo comienzo á sacarla á su vista sufriendolo él, por este primer hecho se me hace quasi tradicion de la servidumbre; y desde este tiempo tengo derecho en la cosa, y accion real contra qualquier po-

seedor. De esta regla se esceptúa la servidumbre constituida por última voluntad, en la qual se adquiere el derecho en la cosa sin tradicion, al punto que muere el testador.

Así mismo, claramente se deduce quien tenga obligacion de hacer los reparos necesarios para la conservacion de la servidumbre: v. g. tengo derecho de traer agua por medio de taugía que salga del fundo del vecino; si se rompieren los canales, mi fundo que es el dominante estará obligado à repararlos. (1) La razon se deduce del axîoma 2.º porque la servidumbre no puede consistir en hacer, sino en *no hacer ò padecer*; y si el fundo

(1) L. 4. d. tit. y P.

serviente reparase, haría alguna cosa; y así no sería solamente servir.

Finalmente del 3.º axîoma que asienta ser la servidumbre indivisible, se infiere que no puede establecerse una mitad ú otra parte de servidumbre, porque el derecho como cosa incorporal, no puede admitir division. Otra cosa sería en el uso de la servidumbre, porque este sí, es capaz de admitirla, tanto por razon del modo, como si dixesemos à otro: te concedo servidumbre de camino pero con tal que solo pases à pie ó à caballo ó que no traigas carros: ó por razon del tiempo, v. g. te concedo derecho de pastar, pero solo en los meses de invierno.

Lo que se ha dicho hasta aquí, trata de las servidumbres en gene-

ral: veamoslas ahora en particular. Las dividimos arriba en servidumbres urbanas y rusticas; tratarémos pues, en primer lugar de las urbanas. De estas la 1.ª es el derecho de cargar sobre la casa del vecino, v. g. si lo obligo à que me permita edificar levantando parte sobre la suya. (1)

La 2.ª servidumbre es de agujerear la pared del vecino para meter vigas. (2) Por vigas se entiende no solo las propiamente tales, sino qualesquiera otra materia de edificio como piedras, ladrillos, hierro &c. De aquí se percibe facilmente la diferencia que hay entre esta servidumbre y la antecedente: pues en la primera todo el

(1) L. 2. tit. 31. P. 3. (2) D. l. tit. y P.

edificio carga en la pared ó columna del vecino, y en esta solo una ù otra viga ó material.

La 3.ª servidumbre es de poner techo volado à mi casa sobre el fundo del vecino para libertar las paredes del agua y humedad.

La 4.ª es de recibir las goteras ó caños de la casa del vecino. (1)

La 5.ª es de no levantar mas alto; y esta es un derecho por el qual el vecino en utilidad de mi casa se obliga á no levantar mas la suya para no impedirme la luz. (2)

La 6.ª es de luz, ó de *no impedir la luz.* (3) Para entender bien estas dos especies de

(1) D. l. &c. (2) La misma l. 2. (3) La misma l. tit. y P.

servidumbre es menester notar dos cosas: 1.ª que ninguno puede abrir ventanas, sino en su pared: 2.ª que puede qualquiera abrir quantas ventanas quiera en su pared; pero al vecino le es licito edificar contra ellas desuerte que las cubra siendo en su suelo. Ahora pues, si un vecino consigue de su vecino poder abrir ventanas en su pared, esta será servidumbre de luz ó de ventana. Pero si tengo ventana en mi pared que cae á la casa del vecino, y este me promete que no me la cubrirá con su edificio, se llamará servidumbre de no impedir la luz. (1)

La 7.ª servidumbre es de paso por la casa, ó corral del vecino á

(1) L. 2. tit. 31. P. 3.

la casa propia. (1)

Siguense las servidumbres rústicas. De estas la 1.ª es el derecho de senda, carrera ó camino para pasar de la heredad de otro á la propia. La senda sirve para ir uno solo á pie, ó à caballo, sin llevar carro ni bestias de carga: la carrera para ir solo, ó acompañado con carretas: y el camino para llevar estas cosas y otras qualesquiera como madera, piedras &c. El ancho del camino debe regularse por lo pactado; y à no haberse convenido en esto, debe tener ocho pies de ancho; y si tuviere vuelta, ó torcedura, en aquel lugar tendrá diez y seis. (2) 2.ª El derecho de conducir agua por heredad agena, para

---

(1) D. l. 2. (2) L. 3. d. tit. y P.

regar hortalizas, ó para molinos. (1) Y en este caso el dueño de la heredad de donde se tomare esta agua, no puede concedersela à otro sin consentimiento de aquel á quien fuere otorgada la servidumbre, sino es que el agua fuere tanta, que sobrase para los dos. (2) 3.ª El derecho de beber en fuente ó pozo ageno para sí, sus labradores y bestias ó ganados, en el qual se incluye el derecho de entrar y salir en la dicha heredad. (3) 4.ª El derecho de apacentar las bestias de labor en prado, ó dehesa agena. (4) 5.ª El derecho de sacar cal arena piedra, ú otras qualesquiera cosas de la he-

---

(1) L. 4. d. tit. (2) L. 5. d. tit. y .P (3) L. 6. tit. 31. P. 3. (4) D. l. en el med.

sedad de otro. (1)

Una cosa es digna de observarse en las servidumbres rústicas, (y aun puede tener lugar en las urbanas) y son los pactos con que se establecen: porque si la servidumbre se concede al fundo, será real; y si à la persona, será servidumbre personal, y solo dudará mientras viva la persona.

Resta vér de que modos se acaban las servidumbres. Hemos dicho que estas son un derecho en la cosa: el qual sin embargo de ser perpetuo, puede acabarse de los modos siguientes: 1.º por *consolidacion* Consolidacion es quando se hace uno mismo el dueño de los predios dominante y sirviente: entonces se

(1) L. 7.

acaba la servidumbre por el principio explicado arriba de que el señor no puede tener servidumbre en su cosa (1) 2.° Se extingue tambien por *remision*: porque como la servidumbre se constituye en utilidad del predio dominante, y cada uno puede renunciar del derecho introducido en favor suyo, el poseedor puede renunciarla siempre que quiera (2) 3.° Por *no uso*. De este modo en tiempo de diez años se acaba la servidumbre urbana, estando presente el señor del predio que goza de la servidumbre; y estando ausente en veinte años. Pero para que esto se verifique, es necesario ademas que el dueño del

---

(1) L. 17. tit. 31. P. 6 ℣. la otra manera. (2) L. 17. en el princip.

fundo sirviente con buena fé estorbe el curso de la servidumbre, como v. g. si es viga que la extraiga de la pared, en ausencia ó presencia del interesado segun hemos dicho arriba. (1) Pero si es servidumbre rústica, solo por no uso de tiempo inmemorial se puede perder siendo continua; y siendo discontinua bastará no usar de ella por veinte años, ya sea entre presentes ó ausentes. (2) 4.° Por permitir el dueño de la servidumbre que el señor de la cosa que la sufre, haga algo que la impida ó destruya: (3) pues en este caso se entiende que la quiere renunciar. 5.° Finalmente por arruinarse ó extinguirse la cosa,

(1) L. 16. tit. 31. P. 3. (2) La misma l. 16. al fin (3) L. 19. t. 31. P. 3.

se acaba la servidumbre: porque como es un derecho en la cosa, quando se extingue esta, se debe extinguir tambien el derecho que se tenía en ella.

TITULO IV.

DEL USUFRUCTO.

Diximos arriba que en toda servidumbre sirve la cosa; y que si esta sirve á la persona, será servidumbre personal: tales son el usufructo, uso, habitacion y obras de los siervos; pero que si una cosa sirve á otra cosa, resultará servidumbre real. De estas hemos hablado ya, y así tratarémos ahora de las personales, y en primer lugar del usufructo.

Usufructo es *un derecho de usar y gozar los frutos de una cosa*

agena sin deteriorarla. (1) Antes de esplicar esta definicion es necesario entender estas palabras *usar gozar y abusar*, en las que hay mucha direfencia. Usar es, percibir tanta utilidad de la cosa, quanta exîge la necesidad. Por gozar se entiende percibir quanta utilidad proviene de la cosa, no solo para ocurrir à las necesidades sino tambien para comodidad, y placer. Abusar es, percibir quanta utilidad se quiera de la cosa, aunque sea destruyendola. Ahora facilmente se entenderá la definicion en la qual irémos por partes. El usufructo es derecho, y un derecho en la cosa, porque es servidumbre. Es un derecho de usar, y de gozar porque el usufructuario

(1) L. 19. tit. 31. P. 3.

no solo percibe de la cosa lo que exige la necesidad, sino tambien lo conducente á dar placer y comodidad. Se usa y se goza de las cosas agenas, porque es servidumbre que no la puede haber en cosas propias; desuerte que constituida esta servidumbre, siempre concurren dos personas: la una á quien pertence el dominio, y se llama *propietario*; y la otra al que goza del usufructo, ó utilidad de la cosa, y se llama *usufructuario*. Se añade finalmente que se ha de usar, y gozar de la cosa sin deteriorarla, porque si no sería abuso, y no uso solamente segun la diferencia de estas voces ya esplicada. Fuera de que sería inutil al propietario el dominio, si el usufructuario pudiera destruir la cosa.

De la definicion dada se colige

facilmente que frutos percibe el usufructuario, en lo qual sirve de regla el axîoma siguiente. *El usufructuario hace suyos todos los frutos que percibe siendo ordinarios.* Ahora pues, como los frutos son, ó naturales ó industriales y los primeros proceden de la naturaleza solamente, como los partos de los animales, la yerva &c y los segundos mediante el trabajo, é industria del padre de familias, como el trigo lino &c, es digno de advertirse que unos y otros son del usufructuario: porque el usufructo es un derecho de usar y de gozar, y estas palabras abrazan todo genero de utilidad. Por el contrario, un tesoro hallado en el fundo no lo hará suyo: pues segun el axîoma establecido, el usufructuario percibe solamente los frutos ordina-

rios, en lo que no se incluyen los tesoros. A mas de que los fundos no se tienen para buscar tesoros, sino para cultivarlos.

Infierese tambien que puede el usufructuario locar á otro la heredad de donde percibe usufructo: porque lo que tiene uno para sí, lo puede transferir á otro; y para el propietario lo mismo vale que el usufructuario goze de la cosa, ú otro en su nombre siempre que no la deteriore. Puede tambien vender los frutos, pues vende una cosa suya; (1) pero no puede ceder su derecho à otro, porque espira con su persona; y mucho menos vender la cosa fructuaria, que pertenece al propietario.

(1) L. 20. tit. 31. P. 3. y. e este á quien es otorgado.

Con la misma facilidad se demuestra que no tiene el usufructuario libre disposicion de la cosa, supuesto que debe gozarla sin causar mutacion ni deterioro en ella y que no permanecería ilesa, siempre que se hiciese mutacion en su forma. De donde infiero, que no puede mudar las cosas del fundo fructuario, ni con el fin de ponerlo en mejor estado á su parecer, v. g. haciendo de las dehesas campos de cultivo. Del mismo principio infiero tambien, que el usufructuario está obligado à reparar la cosa: pues no permanecería ilesa v. g. una casa, si no se la hiciesen los reparos y composturas correspondientes quando lo necesitare. (1) Pero esto se en-

(1) L. 22. tit. 3. P. 3.

tiende de unos reparos medianos; y así, si la casa estuviera para caer y fuese necesario levantarla de cimientos, lo qual no puede hacerse sino con muy crecidos gastos, corresponderian estos al propietario. Se infiere tambien que el usufructuario debe usar y gozar de la cosa, como un buen padre de familias, el qual no pierde las cosas con el uso, sino que antes de que se deterioren demasiado, las procura restablecer y reparar. (1) Así mismo, que si se le concede el usufructo de una grey, debe reponer las obejas que mueran con otras nuevas; y si es viña, en lugar de las vides secas, plantar otras de nuevo. (2) Final-

(1) Ll. 20. y 22. tit. 31. P. 3. (2) L. 22. ya citada.

mente, es claro que el usufructuario debe dar caucion al propietario, pues este debe estar cierto de que su cosa se conservará ilesa. Está pues, obliligado á afianzar dos puntos: 1.° que usará y gozará de la cosa à arbitrio de buen varon: 2.° y que quando él muera, ò de otra suerte se acabe el usufructo, restituirá la cosa intacta al mismo propietario, ó à sus herederos. (1) Pero esta caucion cesa siempre que el usufructo se concede por la ley; y así aunque el padre goze el de los bienes adventicios del hijo, con todo no da caucion, à causa de ser legal este usufructo, (2) como tambien por que sería impiedad que un

(1) L. 20. tit. 31. P. 3. (2) L. 5. tit. 17. P. 4.

hijo tuviese tan poca confianza de su padre.

Si se busca en qué cosas se pueda constituir el usufructo,, hallarémos que la definicion dada lo declara bastantemente; porque constando de ella que se debe usar y gozar salva la substancia de la cosa, se infiere que solo se puede constituir usufructo en cosas que no sean fungibles. Los juristas dividen las cosas en *fungibles* que constan de numero peso y medida esto es, que se compran y venden contadas, pesadas y medidas; y en *no fungibles*, que no admiten estimacion segun numero peso y medida. Pero como estas definiciones son algo obscuras, aclararémos mas la diferencia de las cosas fungibles y no fungibles: 1.ª diferencia. Las cosas fungibles

de nada sirven, si no se consumen v. g. el vino el pan el trigo; pero de las no fungibles podemos usar dejandolas ilesas, v. g. un campo una casa.

2.ª En las cosas fungibles el dar otro tanto, es dar la misma cosa; v. g. se me ha dado prestados 100 pesos, si yo vuelvo otros tantos, satisfago cumplidamente aunques no haya vuelto los mismos 100 pesos que recibí; mas en las cosas no fungibles, una cosa igual ó equivalente no es la misma; y así si yo presté un libro y vuelvo otro del mismo tamaño, y aun igual en todo, no satisfago sino que debo volver el mismo en especie.

3.ª Las cosas fungibles no admiten regularmente precio de particular afeccion: v. g. un peso por

habermelo dado el Rey, no vale mas que otro peso que he recibido de un rustico; pero las cosas no fungibles si lo admiten; y así un libro aunque no valga mas de 10 ó 12 reales, puede ser para mi de mayor estimacion que 10 ó 12 reales, por ser regalo de un Principe ó de un gran amigo, y un monumento de su cariño.

Ahora pues, el usufructo solo se puede constituir en las cosas no fungibles, porque estas solas no es consumen con el uso, y el usufructo es un derecho de usar, y de gozar de la cosa salva su substancia; y así sería un absurdo si à Ticio. v. g. se concediese el usufructo de una botija de vino, pues si usaba de él, ninguna utilidad quedaría al propietario. Con todo, para

este caso se inventó un *quasi usufructo* que tiene lugar en las cosas fungibles, prestando caucion el quasi usufructuario, que acabado el uso de la cosa, volverá otro tanto en el mismo género de aquello que recibió. De esta suerte, si yo tengo el quasi usufructo de una bodega de vino, podré consumirlo todo, dando caucion de que acabado el tiempo de este usufructo, volveré tantas botijas de vino, como las que contenìa la bodega, y que será de la misma calidad &c. (*)

(*) Se preguntará ¿si en vestidos podrá consistir verdadero usufructo, ó si solo será *quasi* en el caso de que un testador concediese en su testamento á otro el usufructo de sus vestidos? Y se responde que puede ser uno y otro: será verdadero usufructo, si de tal suerte concedió el

Siendo justo que el que percibe las comodidades de la cosa, sufra sus cargas se sigue: que el usufructuario que logra todos los frutos de la cosa, los tributos debe pagar, pechos y demás contribuciones à que esté obligada la cosa.

Hemos visto hasta aqui la naturaleza del usufructo: falta ver cómo se constituye y cómo se acaba. Se constituye el usufructo ó por la ley ó por el dueño de la cosa. Por la ley, siempre que las leyes disponen que en estas, ó en aquellas cosas tengamos el usufructo: v. g. las leyes mandan que al padre com-

---

testador el uso de sus vestidos, que quede obligacion de restituir los mismos en especie acabado el tiempo de la concesion; y será *quasi*, si se deben restituir otros ó su estimacion. Hein. en este tit. §. 419.

peta el usufructo en los bienes adventicios de sus hijos. (1) El señor puede conceder el usufructo de su cosa ó por última voluntad, esto es, por legado ó por pacto. (2) En el primer caso no hay necesidad de tradicion, sino que el usufructuario adquiere derecho en la cosa en virtud del testamento luego que el testador muere. En el segundo caso el pacto solo da derecho à la cosa, esto es, accion personal contra el que promete para que realize el usufruto prometido; pero no habrá derecho en la cosa hasta que se verifique la *quasi tradicion*. Esta concesion de usu-

(1) L. 5. tit. 17. P. 4. (2) L. 20. tit. 31. P. 3. ibi *è tal otorgamiento como este puedese facer por postura, ó en testamento.*

fructo entre vivos se hace ó por voluntad expresa del señor, por pacto como llevamos dicho ó por voluntad tacita, como si alguno dexó que otro usára y gozàra de su cosa sin contradecirselo por el tiempo de 10 años en su presencia ó de 20 en ausencia, pues entonces adquiere el usufructo por prescripcion.

Los modos de acabarse el usufructo nacen de su naturaleza y definicion; y así cesa primeramente el usufructo, por la muerte natural del usufructuario, (1) pues es servidumbre personal que se debe á la persona y acaba con ella. Pero si à una ciudad, ó republica que es persona moral y no se entiende que muere, se la deja

(1) L. 24. tit. 31. P. 3.

algun usufructo, nuestras leyes disponen para este caso que dure 100 años (1) si no se señaló tiempo: y es la razon; por que en el usufructo es necesario que la propiedad no sea del todo inutil al señor y lo sería si nunca volviese al propietario el usufructo. 2.° Cesa tambien por muerte civil, esto es, por servidumbre ó por destierro perpetuo. (2) 3.° Por consolidacion, esto es, quando el usufructo se une á la propiedad; pues como ya se ha dicho mas de una vez, á ninguno puede servir su cosa. (3) 4.° Extinguida la cosa se extingue tambien el usufructo que se tenía en ella. 5.° Por no uso de 10

(1) L. 24. d. tit. y P. (2) Vease la misma ley 24. (3) La misma ley 24.

años entre presentes y 20 entre ausentes; pero no por el abuso de la cosa, pues para este caso está bastante asegurado el propietario con la fianza que se le ha otorgado por el usufructuario. 6.° Se acaba por enagenacion hecha por el mismo usufructuario, la qual no produce mas efecto que hacer que el usufructo vuelva al propietario y nunca pasará al otro à quien se quería enagenar. (1) Finalmente se acabará el usufructo por acabarse el tiempo por el qual se concedió la cosa, si este se señaló al tiempo del pacto.

---

(1) D. l. 24. vease para estos dos casos, y para el que resta la misma l. 24. citada.

TITULO V.

DEL USO Y DE LA HABITACION.

Fuera del usufructo nos restan otras servidumbres personales, conviene á saber, el *uso*, *la habitacion y las obras de los siervos*. La diferencia que hay entre el usufructo y el uso es clara, si se tiene presente lo dicho arriba. El usufructuario no solo usa para ocurrir á su necesidad * sino que á mas de esto, goza de la cosa para su utilidad y placer: el usuario solamente usa, no goza. Se definirá pues, el *uso* diciendo que es *un derecho de usar de las cosas agenas para sacar de ellas lo precisamente necesario y salva su substancia*. De aquí nacen varios axîomas 1.º *Menos provecho se saca del uso que del usufructo*,

(1) pues en el usufructo se adquiere todo aquello que ordinariamente dá la cosa, ahora sean frutos para necesidad, utilidad ó placer; pero el usario solamente toma lo que necesita; y así (2.° Axioma:) *el uso solamente satisface la necesidad de cada dia.* (2) Con varios exemplos aclararémos esta materia. El que tiene el uso de una heredad solo debe tomar de la fruta, hiervas, flores, hortaliza &c. lo que ha menester para comer èl y los de su casa; pero no para dar à otro

---

(1) L. 20. tit. 31. P. 3. ibi »*E de tal otorgamiento como este no se puede aprovechar dèl tan lleneramente aquel à quien es fecho como del usufructo*»

(2) L. 20. tit. 31. P. 3. ibi »*Porque este que ha el uso tan solamente non puede esquilmar la cosa si non en lo que oviere menester ende para su despensa.*»

ni para vender. (1) Si á alguno se le concede el uso de una casa, la puede habitar; pero no toda sino solo aquellas piezas de que tenga necesidad segun su condicion; pero no podrá alquilarla y solo se le permite recibir huespedes si quiere. (2) El que tiene el uso de algun ganado, puede tomar de la leche, lana estiercol, todo aquello que necesite segun sus circunstancias y numero de su familia. (3)

Finalmente, como el uso solo está ceñido à la necesidad del usuario, es claro, que este no puede venderlo ni alquilarlo ni concederlo graciosamente à otro, como tampoco las cosas que son su materia.

---

(1) la misma l. 20. cerca del fin. (2) L. 21. tit. 29. P. 3. (3) L. 21. ya citada.

La tercera servidumbre personal se llama *habitacion*: esta es *un derecho de habitar la casa agena sin deteriorarla*. Por esta servidumbre se concede no solo el uso, sino el goze de todas aquellas piezas de la casa que están destinadas para habitacion. De donde se infiere, que este derecho es mas pingüe y comprende mas, que el uso de la casa. (1) El usuario recibe solo aquellas piezas que ha menester y el habitador las tiene todas con tanta amplitud que puede concederlas gratis ó alquilarlas à otros, lo qual diximos poco antes que no podía el usuario. (2)

De la misma definicion aparece claramente que este derecho

---

(1) Cotejese la l. 21. con la 27. t. 31. P. 3. (2) L. 21. t. 31. P. 3.

de habitacion es menos pingüe que el usufructo de una casa, (1) pues el usufructuario percibe los frutos de todas las partes que la componen desuerte que se aprovecha de sus tiendas, de sus baños, huertas, jardines &c.; por el contrario el habitador solo tiene las piezas destinadas à habitacion, y nada mas.

La ultima servidumbre personal son las obras de los siervos: por ella entendemos *un derecho de percibir toda la utilidad que resulta de las obras de un siervo ageno.* Es de mas utilidad esta servidumbre que la de uso de un siervo, porque el usuario no utiliza todas las obras sino solamente aquellas de que tiene

---

(1) L. 90, tit. 31. P. 3. ℣. La segunda manera es.

precisa necesidad y así, no puede locarlas á otro, como puede justamente aquel aquien se ha otorgado servidumbre de obras.

TITULO VI.

DE LA USUCAPION.

Diximos arriba, que los modos de adquirir unos eran de derecho de gentes y otros de derecho civil. Los primeros establecimos que eran tres: ocupacion, accesion y tradicion. Siguense ahora los civiles, que son los que no nacen solamente de la razon natural, sino que provienen en mucha parte de las leyes civiles. Estos modos de adquirir por derecho civil se dividen en *universales* por los quales se nos transfiere todo el derecho que alguno tiene en sus cosas; desuerte que

este succesor universal entra en todos los derechos de su antecesor y recibe en sí todas sus obligaciones; y *singulares* por los que no pasa todo el derecho de otro á nosotros, sino solamente se adquiere el dominio de una cosa singular. De los modos universales no conocemos otro en el dia mas de la herencia; de los singulares hay quatro: usucapion ó prescripcion, donacion, legado, y fideicomiso. Tratarémos primeramente de la prescripcion, y luego de los demás.

La prescripcion podemos decir que es *un modo de adquirir el dominio de una cosa capáz, por cierto tiempo establecido en derecho habiendo buena fé, justo titulo y estando en posesion de ella.* Antes de explicar los cinco requisitos esencia-

les para la prescripcion que se contienen en la definicion dada, es necesario decir algo sobre su justicia y utilidades que acarréa á la republica.

Es innegable, que el bien publico se debe anteponer á todo otro particular: de esta suerte ninguno puede dudar que sea justa la prescripcion, viendo que el publico se interesa en el cultivo de las tierras y en que los dominios de las cosas no esten inciertos. De otro modo el descuido y negligencia de los poseedores, acarrearía notables perjuicios al estado y ninguno estaría cierto de que era verdadero señor de la cosa, á mas de estar siempre obligado á responder al que alegase dominio en ella, volviendose de este modo los pleytos inmorta-

les. Este es el motivo por qué despues de varias controversias, se ha admitido la prescripcion entre las naciones, siendo fuera de esto conforme al derecho natural, que aquellas cosas que son de ninguno cedan al primero que las ocupa; y las cosas abandonadas por su dueño las tiene el derecho por de ninguno. ¿Y qué cosa se podrá llamar con mas razon abandonada que aquella que en un espacio considerable de años no es buscada ni solicitada por su dueño, ni vindicada del que la poseé? Con razon pues pierde el dominio de la cosa en pena de su negligencia; y porque las cosas que se tienen por abandonadas ceden al primero que las ocupa. (1)

(1) L. 1. t. 29. P. 3. Vease á Olmeda en el derecho publico de la paz tom. 1. cap. 11.

Veamos ahora los requisitos de la prescripcion, que como se ha dicho yá nacen de su definicion. El 1.° es la *buena fé*. Por ella entendemos un juicio recto por el qual uno creé que es verdadero señor de la cosa; y así si uno compra un libro sabiendo que no es del vendedor sino de otro, no lo adquiere por prescripcion, pues se lo impide la mala fé. Nuestro derecho no requiere buena fé sino al principio, esto es, que en el tiempo del contrato ò de la adquisicion se crea uno dueño, de suerte que la mala fé superveniente no daña, (1) v. g. si yo compro un libro, y despues de tenerlo dos años creyendo que había comprado de un verdadero se-

(1) L. 12. tit. 29. P. 3.

ñor, comienzo à oir que no lo era del libro, con todo la prescripcion corre y yo adquiero. Pero esto se halla enmendado por el derecho canonico, que requiere buena fé continua y perpetua desde el principio de la prescripcion hasta el fin, (1) y así se practica.

2.° El otro requisito es el *justo titulo*, esto es, una causa tal que sea habil para transferir el dominio como ya explicamos en otra parte. De esta suerte, aunque el ti-

(1) Cap. 20. de prescrip. *Quoniam omne quod non est ex fide peccatum est, sinodali judicio deffinimus, ut nulla valeat absque bona fide præscriptio tam canonica, quam civilis, cum generaliter sit omni consuetudini derogandum quæ absque mortali peccato non potest observari. Unde oportet ut nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienæ.*

tulo sea justo si no es habil para transferir el dominio, es absurdo creer que la cosa poseida de este modo se pueda prescribir y así, v. g. si alquilé una casa y la he poseido por dies ó veinte años, no por esto me hago dueño de ella, por que la locacion conduccion no es titulo habil para transferir el dominio, aunque en sí es justisimo. (1) De aquí se sigue que no es suficiente para la prescripcion el error de justo titulo: v. g. tengo una cosa mueble por mia creyendo que la compré ó que me fué donada, si despues sé que no es así, aunque la haya tenido tres años, no la prescribo (2) sino es que el error

(1) Vease la l. 9, t. 29. P. 3. (2) L. 24. d. t. y P.

fuera invencible procedente de hecho ageno, que entonces valdría la prescripcion, como si uno mandase à su procurador que le comprara alguna cosa, y este no lo hiciese así sino que la hubiese sin titulo, y la entregase al señor diciendole que la había comprado; teniendo esta cosa por tres años, la prescribirá por ser el error invencible y de hecho ageno. (1)

Antes de pasar adelante, es necesario advertir que el titulo puede ser *verdadero* ó *no verdadero*. Titulo *verdadero* es aquel en fuerza del qual se transfiere el dominio sin necesidad de prescripcion, como quando la cosa se ha comprado de

---

(1) Vease la misma ley del mism. tit. al fin.

su verdadero señor. El no verdadero puede ser tres maneras, *putativo*, *colorado* y *presunto*. *Putativo* se llamará quando se juzga que hay titulo no habiendolo habil, como el que cree que una cosa la poseé por donacion, siendo recibida en prestamo. *Colorado* es aquel que tiene visos de verdadero titulo, pero en realidad de verdad no tiene fuerza de tal, como el que ha comprado una cosa de uno que no es verdadero señor, pero el que la recibe cree que lo es. Titulo *presunto* es aquel que el derecho presume que intervino, aunque en realidad no haya intervenido. Esto supuesto, veamos qual de estos titulos es necesario para la prescripcion.

1.º El titulo verdadero no se

requiere, antes habiendolo no se dá prescripcion porque ya se adquirió dominio.

2.° Para la prescripcion ordinaria de tres dies y veinte años se requiere titulo colorado. (1)

3.° Para la prescripcion de larguisimo tiempo, esto es, de treinta quarenta y cien años, basta titulo presunto; y es la razon, porque con el curso de tanto tiempo presume el derecho que hay justo titulo no habiendose reclamado la cosa, y aunque habiendo mala fé no se prescriba segun derecho canonico, con todo el derecho civil quita la accion para reclamar su cosa á los dueños

(1) Argumento de la ley 9. tit. 29. P. 3. y de la 14. en el princ.

(2) en atencion á las razones dichas.

4.° El titulo putativo no basta para la prescripcion ordinaria de tres años &c., (2) pero sí para la de las servidumbres; y es la razon, por que el uso de uno y paciencia del otro por tantos años, sirve de titulo.

Se sigue el 3.° requisito de la prescripcion, y es que la cosa sea capáz de ser prescrita.

1.° Son imprescriptibles las cosas forzadas, hurtadas, ó poseidas con mala fe no solo por el ladron, lo qual es indubitable, (3) sino tambien por el

---

(1) Veanse las ll. 21, 23, y 27. d. t. y P. de las que se hace argumento para probar lo dicho. (2) L. 14. tit. 29. P. 3. (3) L. 5. tit. 15. lib. 4. de la Rec. de Cast.

tercer poseedor, segun opinan muchos Autores (1) fundandose en la ley 5. tit. 15. lib. 4. de la Rec. de Cast. y es enteramente cierto, que ningun poseedor de mala fe prescribe, si se atiende al derecho canonico que no admite prescripcion sino es que el poseedor persevere en buena fe hasta el ultimo dia de su complemento; y así se tiene por derogada la ley 21 tit. 29. Part. 3. la qual establece que con treinta años de posesion, se adquiere la cosa de qualquier modo que la hubiere adquirido. (2)

2. Item, es imprescriptible el

---

(1) Vela Dis. 48. num. 45. Covarrubias en la regl. Possesor. Molina de Prim. lib. 2 cap. 6. (2) Vease á Greg. Lop. en la glosa de dha. l. 21. tit. 29. P. 3.

hombre libre. (1)

3. El sumo imperio y jurisdiccion civil y criminal que tienen los Reyes, y todo lo que no se puede hacer sin tenerla, no se puede prescribir; pues con motivo de ser inherente á los huesos del principe, es necesàrio serlo para gozarla. (2)

4. Está tambien enteramente prohibida la prescripcion aun inmemorial de los pechos y tributos debidos al Rey, como tambien de las alcavalas, en lo qual se declara que no corre el tiempo, y que la prescripcion se tiene por injusta y dañosa al bien comun. (3)

5. Las cosas hipotecadas, em-

---

(1) L. 24. d. tit. y P. (2) L. 1. tit. 15. lib. 4. de la Rec. de Cast. (3) Vease la dha l. 1. al fin, y la 2. tit. 15. lib. 4. de la misma Rec.

peñadas, arrendadas, ó alquiladas, tampoco se pueden prescribir por tiempo alguno, pues los que las tienen no poseen por sí, sino por aquellos de quien la cosa tienen. (1)

El 4.º requisito es el tiempo prefinido por derecho; y como este es vario segun la calidad de las cosas que se prescriben, se advierte que la prescripcion, una es temporal y otra inmemorial. Explicarémos primero la diversidad de tiempos que comprende la temporal, que se llama así por estar ceñida á cierto tiempo.

La primera prescripcion de esta naturaleza es la anual. Con ella se prescribe la pena en que cayó

(1) L. 4 tit. 15. lib. 4. Rec. de Cast. y 22. tit. 29. P. 3.

el que salió por fiador de otro para presentarlo en juicio hasta cierto tiempo, y bajo de la dicha pena. Si incurriere en ella por no haber cumplido lo prometido, y no se le pidiere dentro de un año contado desde el dia en que cayó en la pena, la prescribió, y no puede ser en adelante demandado. (1)

2. La segunda prescripcion temporal, es la de tres años con que se adquieren las cosas muebles (2) y se prescriben los salarios de los criados no pidiendolos en todo este tiempo contado desde que fueron despedidos de sus señores. Así mismo, pasados tres años, no pueden pedir lo que hubieren dado de sus

(1) Vease este caso expreso en la ley 10. tit. 16. lib. 5. Rec. de Cast. (2) L. 17. tit. 29. P. 3.

tiendas los boticarios, joyeros y otros oficiales mecanicos por lo tocante á sus hechuras; y los especieros y confiteros y otras personas que tienen tiendas de cosas de comer, (1) como tambien los salarios de los abogados y procuradores no habiendose contestado demanda sobre ello antes que hayan pasado los mismos tres años. (2)

3. La tercera especie de prescripcion temporal es la de diez años, y con esta se ganan los bienes raices entre presentes, (3) y el derecho de executar por obligacion personal. (4)

4. La prescripcion de veinte

---

(1) L. 9.tit. 15. lib. 4. Rec. de Cast. (2) L. 32. tit. 16. lib. 2. Rec. de Cast. (3) L. 18. tit. 29. P. 3. (4) L. 6. en el princ. tit. 15. lib. 4. Rec. de Cast.

años que es la quarta, sirve para adquirir los bienes raices entre ausentes (1) y la accion personal y executoria dada sobre ella. (2)

5. La quinta manera de prescripcion que es de treinta años, sirve para ganar por este tiempo segun derecho de Partidas las cosas con mala fé, con la diferencia de que habiendo buena fé el que prescribe, si otro le quita la cosa, puede pedirla en juicio, sino es que sea el verdadero señor el que se la quitó; pero si la poseyese de mala fè no puede demandar la posesion, sino es que otro se la hubiese robado à èl ó la hubiese dado prestada ó alquilada. Tambien puede recobrarla si el juez le hubiese quitado la

---

(1) D. l. 18. tit. 29. P. 3. (2) L. 6. tit. 15. lib. 4. Rec. de Cast.

dicha cosa por no responder á la citacion, pues en este caso, si viniese dentro de un año y respondiese á la demanda puesta, se le entregará, pagando las costas. (1) Tambien se prescriben por treinta años las acciones real, hipotecaria y mista de real y personal. (2)

6. La otra especie de prescripcion temporal es de quarenta años, y con ella se adquieren las cosas de las iglesias que sean raices, pues las muebles se pierden por tres años como todas las demas.

Tambien se adquieren por el dicho tiempo los bienes que son de patrimonio de alguna ciudad ó villa, y que no son de uso comun á to-

(1) L. 21. tit. 29. P. 3. (2) L. 6. tit. 15. lib. 4. Rec. de Cast.

dos los del pueblo, (1) como siervos, viñas, navios, &c. pues las publicas como plazas, calles &c. solo por tiempo inmemorial se podrán prescribir. Prescribese finalmente por quarenta años el derecho de prenda, poseyendo este tiempo la cosa el deudor mismo ó su heredero ú otro alguno à quien el mismo la hubiese obligado otra vez. (2)

7. La septima especie de prescripcion temporal, aunque de larguisimo tiempo, es la de cien años. Pero este privilegio solo está concedido á las cosas raices de la Iglesia de Roma; (3) y así si alguno posee un campo que pertenezca á los dodominios del Papa, por qualquier

(1) L. 7 tit. 29. P. 3. (2) Vease la l. 27. tit. 29. P. 3. y la l. 6. tit. 15. lib. 4. Rec. de Cast. (3) L. 26. tit. 29. P. 3.

titulo que lo haya adquirido de alguno no señor, no prescribirá sino es que pasen cien años.

Siguese la prescripcion inmemorial, la qual no está reducida à tiempo cierto, y se llama así, por que para que lo sea, es necesario que la posesion de la cosa sea tan antigua, que no haya memoria de lo contrario. Debe pues probarse esta prescripcion con testigos de buena fama que depongan haber visto poseer la cosa por espacio de quarenta años, y que así lo oyeron decir à sus mayores, y que nunca vieron, ni oyeron decir lo contrario; y que de ellos es publica voz y fama, y comun opinion entre los vecinos y moradores de la tierra. (1)

(1) L. 1. t. 15. lib. 4. Rec. de Cast. que se refiere à la 1. t. 7. lib. 5. de la misma.

Por esta prescripcion se adquiere el señorío de qualesquiera ciudades, villas y lugares, y la jurisdiccion civil y criminal, entendiendose sugeta á la suprema que reside en el Monarca, la que como se ha dicho, no se puede prescribir.

5.° El ultimo requisito para la prescripcion es la *posesion continua*. (1) La palabra posesion no se toma aqui en sentido natural y gramatical, esto es, por la nuda detencion de la cosa, sino en sentido civil y juridico, en el que se requiere detencion corporal, y animo de adquirir. (2) El que detiene pues la cosa de este modo con una continua y no interrumpida posesion

(1) L. 9. tit. 29. P. 3. y la l. 29. del mismo tit. Arg. de la l. 1. tit. 15. lib. 4. de la Rec. de Cast. (2) L. 1. t. 30. P. 3.

y por el tiempo establecido por las leyes, adquirirá el dominio por medio de la prescripcion. De aqui se sigue, que la posesion interrumpida no aprovecha: esta interrupcion puede ser de dos maneras, natural ó civil; (1) la natural se verifica quando uno es hechado de la posesion ó por el verdadero señor ó por otro. La civil se hace por acto judicial quando el verdadero señor entabla su accion en juicio contra el poseedor de su cosa y este es citado y complazado por el juez. (2) Impedida pues, la posesion de alguno de estos modos, se tiene por interrumpida la prescripcion, y no aprovecha el tiempo corrido, desuerte que si uno hubiera

(1) L. 1. tit. 15. lib. 4. de la Rec. de Cast. (2) l. 29. tit. 29. P. 3.

poseido la cosa raiz por nueve años y en el decimo se le interrumpe, de nada le aprovechan los años corridos, (sino es que sea absuelto de la demanda;) y así debe comenzar de nuevo el tiempo de su prescripcion desde el dia en que volvió á poseer la cosa. (1)

No solamente se interrumpe la prescripcion mediante demanda judicial, sino tambien por la interpelacion hecha ante los vecinos de la casa y protesta de que solo por impedimento no lo demanda en juicio; (2) y si el poseedor es huerfano ante su tutor. (3)

Resta ahora investigar si al sucesor aprovechan los años que ha

---

(1) dha. l. 29. del mismo tit. y P. (2) L. 30. tit. 29. P. 3. (3) Ll. 29. y 30.

poseido el antecesor; v. g. si yo prescribiré una cosa raiz que mi padre poseyó seis años, poseyendola yo los quatro restantes? En este particular es regla general la siguiente: *el sucesor continúa la posesion de su antecesor, sea sucesor universal, sea singular siempre que ambos tengan buena fé*; pero para comenzar la prescripcion desde sí mismos, no les daña la mala fe de su antecesor. (1)

TITULO VII.

DE LAS DONACIONES.

Donacion es *una liberalidad hecha á otro, sin que ningun derecho nos obligue á ello.* (2) Se llama *liberalidad*, porque no puede veri-

(1) L. 16. tit. 29. P. 3. (2) L. 1. tit. 4. P. 5.

ficarse donacion sin cosa que tenga algun valor. Es necesario que sea *hecha á otro*, porque ninguno puede donarse à si mismo. Finalmente debe ser *sin que ningun derecho nos obligue á ello*, porque quando uno da á otro lo que le debe, no dona, sino que paga.

La donacion en general se divide en una que se hace *entre vivos*, y otra por *causa de muerte*. (1) La primera es la que se hace sin respecto ni consideracion al caso de muerte. Y la segunda se verifica por miedo, ó con respicencia á ella, de suerte, que el donante quiere mas tener la cosa que darla, sino es que muera. Para entender la diferencia de estas dos donaciones es menester distinguir si uno dona de tal

(1) L. 1. y 11. tit. 4. P. 5.

suerte, que transfiera el dominio luego al punto, y solo se reserve la posesion hasta la muerte, ó si el donante no transfiere otra cosa que la esperanza; y el dominio hasta despues de su muerte. En el primer caso, es donacion entre vivos, esté sano ó moribundo el que la hace. En el segundo, es donacion por causa de muerte, ahora esté proxîmo el peligro, ahora no.

Esto supuesto, veamos quien puede donar. Una y otra donacion es realmente liberalidad que transfiere el dominio en el donatario, ya sea al punto, ó para lo por venir. Dominio entre vivos no puede transferir sino el que es señor, y tiene la libre administracion de sus bienes. (1) La donacion por causa de

(1) Arg. de la l. 1. tit. 4. P. 5.

muerte como es muy semejante à la ultima voluntad, solo aquel transfiere el dominio de este modo, que puede hacer testamento.

De estos axiomas se infiere que no puede donar entre vivos, 1.° el menor de 25. años: 2.° el loco, desmemoriado ò prodigo à quien le está prohibida la administracion de sus bienes: 3.° el hijo que está bajo el poder de su padre sin su licencia, sino es que fuese del peculio castrense, ó quasi castrense, del qual puede disponer á su arbitrio, pues del profecticio solo podrá hacer donacion por causa justa. (1) 4.° El que es reo de delito de lesa magestad, á no ser que lo cometa despues de hecha la donacion,

(1) L. 3. tit. 4. P. 5.

(1) aunque este, y todo condenado á muerte puede donar de los bienes que no le han sido confiscados. (2)

Como la donacion entre vivos hemos dicho que es un pacto, y este no se puede hacer sin promesa de parte de uno y aceptacion de parte de otro, se sigue: que la donacion requiere aceptacion sin que se deba poner en esto diferencia entre la donacion por causa de muerte, y la entre vivos, pues una y otra se ha de aceptar; antes bien en esto consiste la diferencia entre la donacion por causa de muerte, y el legado ó fideiconmiso, pues aquella se debe aceptar por el donatario

(1) L. 2. del mismo tit. (2) L. 3. tit. 4. lib. 5. Rec. de Cast.

presente; y el legado, ó fideicomiso se puede dexar al ausente, ó ignorante. Se requiere tambien que el donante y donatario sean personas diversas, pues es evidente que ninguno puede donarse à si mismo. Esta es la razon de no valer la donacion entre el padre y el hijo, pues el derecho los reputa por una misma persona. Esta misma razon había antiguamente para que no valiese la donacion entre marido y muger; pero nuestro derecho las prohibe, porque el mutuo amor sería causa de que empobreciesen haciendose donaciones quantiosas; (1) y se prueba ser esta la razon mas propia, de una ley del Fuero

(1) L. 4. tit. 11. P. 4.

Real que permite hacer estas donaciones pasado el primer año en el que se dexa ver, que el amor será mas vivo y tierno. (1)

Hemos dicho que la donacion es una liberalidad, y esta debe transferir una cosa que traiga alguna utilidad. La traen pues, todas las que están en el comercio de los hombres, por lo qual no se pueden donar las cosas sagradas, santas, religiosas, publicas &c. Son tambien utiles las cosas incorporales, como los derechos, servidumbres, obligaciones &c. y así, no hay duda que se pueden donar. Pueden traer tambien utilidad todos los bienes presentes y futuros de alguno que fuese tan liberal, ò por mejor de-

(1) L. 3. tit. 12. lib. 3. del F. R.

cir tan prodigo que los quisiere donar; pero para evitar los graves inconvenientes que tendría semejante donacion, la há prohibido expresamente el derecho, estableciendo que ni aun todos los bienes presentes se puedan donar. (1) Finalmente las cosas agenas pueden prestar utilidad, y así se pueden donar; pero esta donacion solo producirá efecto en el caso de que el donatario reciba la cosa con buena fe, esto es, creyendo que el que se la dona es verdadero señor, pues entonces adquirirá la cosa por prescripcion si el dueño no la vindicare en tiempo oportuno.

Las dos especies de donaciones ya explicadas se diferencian prime-

(1) L. 8. tit. 10. lib. 5. Rec. de Cast.

ramente en el modo de donar. La donacion entre vivos como solamente es pacto, no requiere mas que el consentimiento, y así no necesita de solemnidades algunas; pero la donacion por causa de muerte necesita de tres ó cinco testigos por participar de la naturaleza del testamento. 2 º Se diferencian por razon de la libertad de donar; y así como entre vivos hay peligro de llegar á pobreza si se hacen donaciones quantiosas, por eso se ha mandado que esta donacion no exceda de 500 maravedis de oro, que en pesos fuertes de nuestra moneda, hacen 1.280; y para que la donacion pueda ser mas quantiosa de lo dicho, es necesario sea hecha á lugares piadosos, ó al Rey, ó que se haga con escritura publica, y otor-

gamiento del juez. (1) Mas la donacion por causa de muerte, como vale ó tiene efecto hasta despues de la muerte, y no hace mas pobre al donante por grande que sea, no necesita de insinuacion. 3.° Se diferencian en el efecto. La donacion entre vivos vale al punto, y una vez hecha, no se puede revocar sin causa, pues aquello que se hace por mutuo consentimiento, no se puede disolver sino por mutuo disentimiento; pero la donacion por causa de muerte, siempre es revocable, por que participa de la naturaleza de las ultimas voluntades que son variables como el hombre hasta el punto de la muerte. 4.° Se diferencian por razon de la traslacion del do-

(1) L. 9. tit. 4. P. 5.

minio. La donacion entre vivos es titulo habil para transferirlo; pero el titulo no dá sino solo derecho à la cosa, y para tenerlo en la cosa es necesaria la subsiguiente tradicion. Así pues, no me hago señor de la cosa donada hasta que se verifique la tradicion. Por el contrario, porque la donacion por causa de muerte es semejante à la ultima voluntad, y por esta pasa el dominio á nosotros sin tradicion luego que el testador ó donante ha muerto; de aquí es, que las cosas donadas de esta suerte, se hacen nuestras luego que el donante muere, no habiendolas revocado antes. 5.° Se diferencian por razon de la paga. El que es reconvenido por la donacion entre vivos, goza del beneficio de competencia, y no se le con-

dena en toda la cantidad, no teniendo con que pagar, pues se le debé dejar lo necesario para pasar la vida sin mendigar. Finalmente se diferencian en las acciones. La donacion entre vivos como solo da derecho à la cosa, no produce accion real, sino solo personal contra el donante. Por el contrario, la donacion por causa de muerte siedo semejante á la ultima voluntad, ó à los legados, se pide con las mismas acciones que estos, conviene á saber: rei vindicatoria, hypotecaria y personal contra el heredero.

Hemos advertido poco ha que la donacion entre vivos es irrevocable; pero esta regla (como todas) tiene sus excepciones. La 1.ª es, si la donacion hecha es inoficiosa, y se llama así aquella por la qual

los hijos del donante son dañados en su parte legitima, y se revocará en toda aquella cantidad en que exceda del quinto de que tiene el padre libre disposicion. (1) 2.ª Se revoca tambien todo lo que exceda de 500 maravedis de oro, no siendo la donacion hecha con alguna de las condiciones dichas arriba para que valgan las donaciones quantiosas. (2) 3.ª Revocase tambien la donacion por ingratitud del donatario. Mas como la ingratitud es ó simple quando uno no agradece ni hace bien á su bienhechor, ó preñada quando le hace mal; es menester notar que la primera no basta para revocar la donacion, sino que es necesaria la segunda de la qual

(1) L. 8. en el fin tit. 4. P. 5. (2) L. 9. en el fin tit. 4. P. 5.

asignan las leyes quatro casos. 1.° Quando el donatario deshonra de palabra al donante ó le acusa de algun delito por el qual merece pena de muerte ú otra semejante. 2.° Quando le injuria de hecho poniendo manos airadas en èl. 3.° Quando le hace grande daño en sus cosas. 4.° Quando le procura la muerte. (1) Pero es digno de notarse, que el donante solamente puede revocar la donacion hecha al ingrato, mas no sus herederos, pues si él no la revocó en vida, se hace juicio que perdonó la injuria, y es regla general que *las acciones que miran solamente á la venganza no se dan à los herederos.* Pero ni aun contra los herederos del donatario ingrato tiene el do-

(1) L. 10. tit. 4. P. 5.

nante accion para revocar la donacion hecha, porque solo se ha establecido para la venganza, y esta solo tiene lugar contra el que nos agravió, lo que de ningun modo ha hecho el heredero. Se puede finalmente revocar la donacion por nacerle hijos al donante, como expresamente lo dispone nuestro derecho. (1)

§. UNICO.

DE LAS DONACIONES LLAMADAS PROPTER NUPTIAS.

Hay varias donaciones entre el hombre y la muger antes del matrimonio. La primera es llamada *dote*, y no es otra cosa, que aquel caudal ó bienes que la muger dá al marido por razon de su casamiento

(1) L. 8. tit. 4. P. 5.

á efecto de ayudar à sostener las cargas del matrimonio: de esta hemos tratado en otra parte.

Las arras son de tres maneras. Unas son lo que el esposo dá ú ofrece à la esposa por razon de la dote que con ella recibe; ó por honor del matrimonio, y atencion à la virtud, honestidad y otras apreciables prendas y circunstancias de que está adornada; ó por remuneracion y recompensa de su virginidad y nobleza: y esta donacion se llama vulgarmente *Arra*, y por derecho de Partidas *Donacion propter nuptias*. (1)

Lo que el esposo da simple y francamente á la esposa para su adorno, v. g. anillos, aderezos &c., ó esta á él antes que el matrimo-

(1) Vease la l. 1. tit. 11. P. 4.

nio sea consumado; pero con esperanza y fin de casarse, se llama en latin *Sponsalitia largitas*; pero tacitamente se entiende que tal donacion como esta la debe restituir el donatario al donante si fuese en su culpa que el matrimonio no se cumpla. (1) Y si acaeciese morir alguno de ellos antes de consumarse debe restituirse la donacion integramente al que la hubiere hecho, ó à sus herederos. Pero si fuere hecha por el esposo á la esposa, y la hubiere besado, no debe restituir esta, ni sus herederos mas que la mitad, y la otra mitad la pueden retener para sí. (2)

Veamos ahora à quanto pueden ascender estas donaciones. Sin

---

(1) L. 3. t. 11. P. 4. (2) D. l. 3. del mism. tit, y P.

embargo de que por las leyes (1) se permite poder hacer el marido á la muger, y ella à él, durante el matrimonio y siendo consumado, donacion de algunos bienes no haciendose el uno mas rico y el otro mas pobre; es de advertir, que el marido no puede dar ni ofrecer à su muger en arras ni en otra cosa alguna, mas que la decima parte de sus bienes que liquidamente tuviere y poseyere al tiempo de contraer el matrimonio, ó al de su separacion, segun fuere capitulado, como lo dispone una ley del Fuero Real confirmada por otra de Recopilacion, (2) en que se manda no se pueda renunciar aquella, y que

---

(1) Veanse las leyes 4. 5. y 6. t. 11. P. 4. (2) L. 2. tit. 2. lib. 3. del Fuero Real y l. 2. tit. 2. lib. 5. Rec. de Cast.

en caso de hacerse sea nula la renuncia. Ni tampoco puede dar el marido à la muger en dichas arras, joyas ó vestidos, mas que lo que importare la octava parte de la dote que con ella recibiere, (1) sin que se pueda tampoco renunciar este derecho, y los contratos que se hicieren en contrario no valen, y las cantidades en que hubiere exceso deben ser aplicadas á la Real Camara. (2)

La tercera especie de arras, y que lo son en todo rigor de derecho, es, lo que los esposos de futuro se entregan antes de contraer matrimonio en señal ó prenda para justificar y hacer constar los esponsales de futuro, ó una especie de pena

(1) Ll. 4. y 5. t. 2. lib. 5. Rec de C.
(2) L. 5. del d. tit. 2. lib. 5. Rec. de C.

que se imponen para que la pague el que se aparte de celebrarlo, (1) lo qual segun parece, yá no se practica en el dia.

Vease sobre todo este parrafo á Febrero cap. 2. de la Librería de Escribanos §. 1. y 2. á Colon de Escribanos tomo 2. cap. 3. á Gomez en la ley 52 de Toro, y todo el tit. 11. de la Partida 4. Y se advierte por conclusion de este titulo que quando muere el marido despues de consumado el matrimonio, llevará la muger ó los suyos, todo lo que el esposo la dió siendo desposados, si no hubo arras en el casamiento, pues si las hubo, elegirá la muger, y por su muerte sus herededos, tomando las arras ó lo que el marido la dió: la qual

(1) Vease la l. 1. tit. 11. P. 4.

eleccion se há de hacer dentro de veinte dias despues de requeridos por los herederos del marido, y pasados, la harán ellos, y podrán darla de las dos cosas la que quieran. (1)

TITULO VIII.

QUIEN PUEDE ENAGENAR Ó NO.

En este titulo se debe notar una regla general, y dos excepciones que padece. La regla es esta: *el señor puede enagenar su cosa*: la qual nace de la naturaleza y definicion del dominio, que segun diximos es, el derecho en una cosa corporal del qual nace la facultad de disponer de ella, y de vindicarla. Pero esta regla padece como hemos dicho dos excepciones, de las quales se trata en este titulo. La 1.ª es que *al-*

---

(1) L. 4. tit. 2. lib. 5. Rec. de Cast.

gunas veces sucede que uno sea señor y con todo no pueda enagenar. 2.ª Otras veces el que no es señor tiene derecho de enagenar.

La 1.ª excepcion reducida á que algunas veces el señor no puede enagenar, se prueba con el exemplo del marido, quien siendo señor de la dote no puede enagenarla; (1) pero esto se entiende no habiendosele entregado apreciada, pues si así se entrega, podrá enagenarla quedando obligado á restituir la misma cantidad que recibió quando se separe el matrimonio. (2)

Otro exemplo de un señor que no puede enagenar, nos presenta el pupilo. Este en realidad de verdad es padre de familias, como tambien un menor, y con todo ninguno de

---

(1) L. 7. tit. 11. P. 4. (2) Vease hasta el fin la d. l.

los dos puede enagenar, porque están bajo de tutela ó curatela, y no tienen la libre administracion de sus cosas. (1) La diferencia que hay entre uno y otro consiste, en que la enagenacion hecha por el pupilo es *ipso jure nulla* y de ningun valor, (2) y la que hace el menor vale si jurare sostenerla. (3) No pudiendo pues, el pupilo enagenar, se sigue que no puede dar á mutuo, pues por este contrato se hace una verdadera enagenacion; y así, si el pupilo llegó á entregar el dinero y todavía exîste en poder del que lo recibió, se puede vindicar, pues el pupilo en tal enagenacion, no ha transferido domi-

(1) L. 17. tit. 16. P. 6. y la 4. tit. 11. P. 5. (2) D. l. 17. (3) L. 6. tit. 19. P. 6.

y. Eso mismo sería

dominio, y si no lo ha transferido permanece señor, y por consiguiente puede vindicarlo. Pero si el dinero ha sido consumido con buena fé por el que lo recibió, aunque entonces no tiene lugar la *rei vindicacion*, pero se dá al pupilo accion personal contra él para que restituya todo lo recibido. Lo mismo sería si el pupilo pagase sin autoridad del tutor, pues esta tambien es enagenacion. (1)

Siguese la 2.ª excepcion, y es que uno que no es señor pueda enagenar. De esta se pueden proponer dos exemplos. El primero es del acreedor á quien ha dado su deudor alguna cosa en prenda, el qual no se hace señor de ella, sino que

(1) Vease ley 4. tit. 14. P. 5.

tiene un derecho en la cosa muy distinto del dominio, y con todo, no pagando el deudor puede venderla, y del precio que saque de ella satisfacerse. (1) Esta enagenacion no la puede impedir el deudor, sino es que exhiba toda la deuda, pues de otra suerte sería inutil la prenda, y ninguna seguridad prestaría si nunca se pudiese enagenar.

Mas aunque esta regla es verdadera, con todo, por razon del modo con que se hace la distraccion de la prenda, es menester distinguir tres casos. Primero: si se pactó poder venderla si hasta un cierto dia no se hubiese pagado, Segundo: si se pactó que no se vendería. Tercero: quando nada trataron acerca de esto el acredor y el deudor.

(1) L. 41. tit. 13. P. 5.

En el primer caso, esto es, quando se pactó vender la prenda, no se puede realizar la venta aunque se haya prefijado dia para la paga, y tratado que si esta no se hiciere en el dia señalado se pueda vender la cosa sin otro requisito; porque aun en este caso es necesaria la denunciacion ó aviso al deudor, la qual se ha de hacer en su persona, si está presente en el lugar, y si no à los de su casa. (1) Mas si por alguna causa no se pudiere dar aviso al deudor, entonces se podrá vender la cosa; pero en publica almoneda. (2)

Quando al tiempo de la convencion pactaron los contrayentes de nunca vender la prenda, no obs-

(1) L. 41. tit. 13. P. 6. (2) la mis. L. al med.

tante, si pasados dos años y amonestado por tres veces el deudor no pagare, se podrá vender sin hacer caso del pacto precedente, (1) pero en almoneda.

Finalmente si nada se trató al tiempo de la convencion sobre vender ó no la prenda, no se podrá verificar la venta antes de que pasen doce dias siendo la prenda dè cosa mueble, y treinta si fuere dè cosa raiz: los quales terminos sè han de contar desde el dia en què el acreedor amonestó al deudor ante testigos. (2)

El 2.º exemplo con que se prueba que uno que no es señor, puede muchas veces enagenar, es él del tutor, el qual no siendo señor

---

(1) L. 42. tit. 13. P. 5. ℣. *otrosi decimos* en el med. (2) D. l. 42.

de las cosas pupilares, sino un puro administrador, con todo puede por lo regular enagenarlas. (1) Dixe por lo regular, porque se debe distinguir de bienes muebles, y raices. Las cosas muebles comunes, ó que no se pueden guardar, las puede enagenar por sí; mas las preciosas y todas las raices no las puede enagenar, sino es por utilidad conocida ó por necesidad, como para dotar alguna de las hermanas del pupilo, ó para pagar alguna deuda de consideracion que si se demora, aumentará las usuras: y en estos casos lo debe hacer con decreto del juez, quien en vista de las causas, dará licencia para la enagenacion. (2)

---

(1) Arg. de las leyes 17. y 18. tit. 16. P. 6. (2) Ll. 18. tit. 16. P. 5. y 60. tit. 18. P. 3.

Aunque el recibir uno lo que se le debe no sea enagenacion, con todo, hasta esto se halla prohibido al pupilo sin autoridad de su tutor, y decreto del juez, de tal suerte que si alguno le paga algo sin estos requisitos, y el pupilo ó menor pierde ó juega el dinero recibido, tendrá el deudor que pagar de nuevo segun lo dispone el derecho para evitar los muchos inconvenientes que resultan de hacer los pagos á los pupilos, y menores. Todo lo dicho se halla terminantemente dispuesto en la ley 4. tit. 14. Partida 5.ª

TITULO IX.

PORQUE PERSONAS SE PUEDE ADQUIRIR.

Para entender mas claramente las

personas por medio de las quales adquirimos, se debe establecer ante todas cosas el siguiente axioma: *Adquirimos no solamente por nosotros mismos, sino tambien por medio de nuestras cosas:* ninguno duda que sea mio el dinero que resulte del alquiler de mis caballos; que sea mia una ave que ha cazado mi halcon &c. Supuesto lo que hemos dicho ya de que lo accesorio sigue á lo principal, es nuestro todo aquello que se aumenta à nuestra cosa, ó por beneficio del arte, ó de la naturaleza.

De aquí podiamos inferir como se infería antiguamente, que todo lo que el siervo adquiere, lo adquiere para su señor; (1) pero las disposiciones novisimas de nuestro

---

(1) Vease la ley 7. tit. 21. P. 4.

derecho mirando con mas conmiseracion á los siervos, y deseando proporcionarles con que se puedan hacer libres, disponen que puedan tener peculio propio trabajando dos horas cada dia para sí, con tal que el demas tiempo que hay de sol á sol lo empleen en servicio de sus señores. (1) A que se agrega que en el dia adquieren para sí quanto se les dá, y sus señores les permiten ganar quanto se les proporciona en sus manufacturas, no haciendo falta en las ocupaciones á que los destinan.

Lo dicho hasta aquí pertenece á los verdaderos siervos que en realidad están en nuestro dominio. Mas algunas veces sucede que no tene-

(1) Real cedula de 31. de mayo de 1789. Cap. 3.

mos el siervo como señores, sino como usufructuarios, esto es, la propiedad del siervo no nos pertenece, sino el usufructo. Otras veces un hombre libre nos sirve, ó lo tenemos por siervo con buena fé, aunque injustamente haya sido reducido á la servidumbre, v. g. el patriarca José que fué esclavo de Putifár. Este á la verdad no es siervo, aunque viva en servidumbre, sino hombre libre. Veamos pues, que se adquiera por medio de estos siervos fructuarios, ó poseidos con buena fé. Para esto se ha de distinguir si adquieren algo por sus obras, ó por nuestra cosa, ó si de otra parte les viene alguna adquisicion. En el primero y segundo caso adquieren para el usufructuario ó poseedor de buena fé. En el tercer caso el si-

ervo fructuario adquiere para el señor de la propiedad, y el hombre libre poseido con buena fé, adquiere para sí. (1) Los exemplos en esta materia son claros, y no necesitan de especificarse.

Los hijos de familia á mas de los siervos han sido otro medio de adquirir; mas para su inteligencia explicarémos que cosa sea peculio, cómo se divide, y que utilidad corresponde al padre en estos bienes. Esta palabra peculio parece derivarse à *pecude* por razon de que en ganados consistía la principal riqueza de los antiguos. Así, el que tenía mucho ganado se llamaba rico, y el que lo contaba con prontitud y facilidad era pobre. Se inventó despues la moneda; pero retuvo el nombre de pecunia que había tenido

(1) L. 23. tit. 31. P. 3.

antes. De aquí nació, que como lo que daban los padres á sus hijos para que girasen consistía en algun numero de ganados, se le llamó peculio. Este hasta el dia, ahora consista en dinero, ahora en efectos, no es otra cosa que un caudal que el hijo de familias, ó el siervo maneja separado de los bienes del padre, ó del señor. De donde se infiere, que un hombre que ni es hijo de familias, ni siervo no puede tener peculio. El peculio de los hijos de familia se divide en militar y pagano: el militar en castrense y quasi castrense; y el pagano en profecticio, y adventicio. (1)

El peculio militar es aquel que se adquiere por medio, ó con ocasion de la milicia. Esta, ó es

(1) Ll. 5. 6. y 7. tit. 17. P. 4.

armada como quando uno se emplea en las armas; ó togada como quando se exercita en las letras, ó en la judicatura: de aquí nace que un peculio se llama castrense, y otro quasi castrense. El primero se adquiere en la milicia armada; y el segundo en la togada à la qual se refiere todo lo que se adquiere no solo enseñando jurisprudencia, sino tambien teología, medicina &c. y qualesquiera artes liberales; ó exerciendo los oficios de consejeros, oydores, jueces &c. (1) Hemos dicho en la definicion, que no solo es peculio castrense lo que se adquiere por medio, sino tambien lo que con ocasion de qualquiera de dichas dos milicias percibe el hijo de familias; por lo qual pertenece

(1) Ll. 6. y 7. tit. 17. P. 4.

al peculio castrense no solo la renta, que se le dé por militar, sino las donaciones que el padre le haya hecho al partirse à la milicia para su ajuar, caballos, ó armas &c. pues todo esto lo ha adquirido con ocacion de la milicia armada á que se ha dedicado. (1) Por la misma razon al peculio quasi castrense no solo pertenece todo lo que el hijo adquiere por las ciencias v. g. los honorarios que como Abogado, Catedratico, Medico &c. recibe, sino tambien los gastos que su padre hace en sus estudios, en libros &c. porque todo esto le viene con ocasion de la milicia togada. (2)

Tal es el peculio militar. Mas todo aquello que el hijo adquiere

---

(1) L. 3. tit. 4. P. 5. (2) D. l. 3. en el fin.

fuera de esta carrera, pertenece al peculio pagano. En este, todo lo que viene al hijo de los bienes del padre, ò por contemplacion de este, se llama *profecticio*; si le viene de otra parte v. g. de la madre, ó de un extraño, será *adventicio*, al qual se reduce todo lo que el hijo gana por su propio trabajo v. g. por las artes mecanicas como por sastre, carpintero &c. y todo lo que adquiera por fortuna como tesoro &c.

Hasta aquí solo hemos dado las definiciones del peculio castrense, y quasi castrense; profecticio, y adventicio. Veamos ahora que derecho tiene el hijo en ellos, y qual el padre. Esto se explica muy bien con varias reglas.

1.ª *El peculio castrense, y quasi castrense con pleno derecho pertenece*

el hijo. (1) De esta regla se infiere, que el padre en estos peculios no tiene ni el dominio, ni el usufructo, ni aun la administracion, sino que el hijo tiene todos estos derechos. (2) Que el hijo en este peculio se hà como padre de familias; y así, puede de estos bienes hacer testamento, donar, vender, y enagenar de qualquiera manera. (3)

2.ª Regla: *el peculio profecticio con pleno derecho es del padre y el hijo no tiene en él otra cosa mas que la administracion para exercitar su industria.* (4) La razon consiste en que el hijo se reputa como una misma persona con su

---

(1) L. 6. y 7. tit. 17. P. 4. (2) L. 6. ya citada. (3) L. 3. en el princ. tit. 4. P. 5. (4) L. 5. en el princ. tit. 17. P. 4.

padre, y esto impide que puedan pactar ó contraer: no pudiendo pactar, no puede donar el padre al hijo, ni de consiguiente transferirle el dominio de las cosas donadas, pues permaneciendo señor del peculio profecticio, y no teniendo el hijo ningun derecho sobre este, siempre vendrían á quedar en poder de aquel.

Todavía es mas util al hijo el peculio adventicio del qual se establece esta

3.ª Regla: *la propiedad del peculio adventicio ordinariamente está en el hijo; el usufructo y la administracion en el padre.* (1) Aquí pues, ordinariamente tiene algo el padre, esto es, el usufructo y la administracion, y algo el hijo, con-

(1) L. 5. d. t. y P.

tiene à saber, la *propiedad*. Esto es lo regular; pero hay varios casos en que sucede de otra manera, y de aquí es que este peculio se divide en ordinario ó regular quando el hijo tiene la propiedad y el padre el usufructo; extraordinario ó irregular quando el hijo lo tiene todo y el padre nada. Esto acontece en tres casos. 1.º Si el hijo acepta una herencia contra la voluntad de su padre. 2.º Si se dona, ó se lega algo al hijo con la condicion de que nada perciba el padre. 3.º Si el padre se maneja dolosamente en los bienes de su hijo, pues entonces en pena pierde el usufructo. Lo dicho no impide que haya muy grande diferencia entre el peculio castrense y quasi castrense, y el adventicio irregular, pues en el cas-

trense y quasi, el hijo se há como padre de familias, y puede disponer con entera libertad de él; no así en el adventicio, aunque puede testar de ambos habiendo llegado á la pubertad. (1)

TITULO X.

DE LOS TESTAMENTOS.

Siguese ya la materia de testamentos que es utilisima, cuyo enlaze con los titulos anteriores es facil de descubrirse. Comenzamos arriba á tratar de los modos de adquirir el dominio: los dividimos en naturales y civiles. Los naturales eran tres, *ocupacion*, *accesion*, *y tradicion*, de los quales

(1) Arg. de la l. 4. tit. 4. lib. 5. de la Rec.

se trató bastantemente. Dividimos los civiles en singulares quando se adquiere una cosa singular, y universales quando se adquiere todo el derecho que otro tenia en sus bienes v. g. por que al comprador no pasan todos los derechos y obligaciones del vendedor, se llama sucesor singular, pues solo sucede à otro en una cosa: por el contrario un heredero es sucesor universal, por que todos los derechos y obligaciones del difunto pasan à èl. Los singulares diximos eran quatro: *prescripcion*, de la que ya se trató; *donacion* que impropiamente se podrá llamar en el dia modo de adquirir; *legado* y *fideicomiso*, de los quales se debía ya tratar; pero el orden de las Instituciones de Justiniano que nos hemos propuesto seguir, pide, que se trate primero

de los testamentos, y despues de los legados y fideicomisos.

La herencia que segun hemos dicho es el unico modo de adquirir universal, no es otra cosa que la *succesion en todo el derecho que el difunto tenía.* Es de dos maneras, ó por testamento quando uno por el mismo difunto es llamado à la succesion, ó ab intestato quando la ley llama à alguno à la succesion referida.

Testamento es *una legitima determinacion de nuestra voluntad por medio de la qual disponemos para despues de nuestra muerte de la hacienda, bienes y derechos que nos competen, con institucion directa de heredero:* ó en terminos mas precisos: es *una justa santencia de nuestra voluntad que expresa lo que quiere se*

haga despues de la muerte. (1) Se dice que es una sentencia ó *determinacion de la voluntad*, por que los que no pueden tener voluntad de disponer de sus cosas como los que no han llegado á la pubertad, no pueden por esto testar; de la misma manera que los que no pueden declararla como los sordos y mudos, ó fatuos. Debe ser *justa* esta determinacion, esto es, arreglada al derecho, y con todas las solemnidades que este exîge. Se añade: con *institucion directa de derecho*, pues no habiendola no valdrá como testamento, sino como ultima voluntad ó codicilo. (2)

Diximos que el testamento es *una justa ó legitima determinacion*

---

(1) L. 1. tit. 1. P. 6. (2) L. 1. tit. 4. lib. 5. Rec. de Cast.

de nuestra voluntad, y como esta se puede declarar ó por escritura ó por viva voz, si se hiciere del primer modo, se llamará *escrito ó cerrado*, si del segundo será *nuncupativo* que tambien se llama *abierto.* (1) Veamos ahora algunos axîomas que supuesto lo dicho serán claros.

1.° *Qualquiera puede testar por escrito ó de palabra*, pues ambos modos son aprobados por nuestro derecho. (2)

2.° *Se requiere entero juicio en el que hace testamento.* (3) Por este defecto no podrá declarar su voluntad el que está destituido de uso de razon, y no sabe lo que piensa ni lo que quiere. De aquí se infiere que ni el infante, loco, ó men-

---

(1) Ll. 1. y 2. tit. 1. P. 6. (2) Arg. de las ll. 1. y 2. d. t. y P. (3) L. 13. tit. 1. P. 6.

tecato pueden hacer testamento, como verémos despues.

De la misma definicion dada, y en que se dice que el testamento debe ser una justa y legitima determinacion de nuestra voluntad, nace el axìoma siguiente.

3.° *Todas las solemnidades que las leyes exîgen, se deben guardar en el testamento, si una se omite, el testamento es injusto y nulo.* Es la razon; por que estas solemnidades las introduxeron las leyes, y estas siendo de derecho publico no pueden mudarse por la voluntad de los particulares. Por solemnidades entendemos aquì ciertos requisitos esenciales que las leyes de ninguna suerte quieren que se omitan en el testamento; y la razon por que las exîgen, está fundada en que no hay

cosa que mas deseen los hombres que adquirir bienes por herencia, por cuya causa nada hay mas expuesto á fraudes y trampas que el testamento: impedir pues, estas maldades intenta el derecho con establecer tantas solemnidades, tantos testigos y tantos requisitos para que no sea facil fingir un testamento, falsificarlo, ó corromperlo.

Veamos ahora estas solemnidades. 1.ª es *la unidad de contexto*: se dice hacerse el testamento en un contexto, quando todas las solemnidades se ponen á un mismo tiempo, de suerte que no se interrumpe el acto de testar, y quando no se mescla otro acto extraño. (1) V. g. si el testador comenzando à declarar

---

(1) L. 3. tit. 1. P. 6.

su ultima voluntad celebrase algun contrato con uno de los testigos, ó con otro y despues continuase el testamento, no valdría por falta de unidad de contexto. Pero esto se ha de entender razonablemente, pues si al testador ó al testigo les sobreviene algun impedimento breve, v. g. si al testador dá un desmayo, ó al testigo se le ofrece alguna cosa urgente y necesaria, por estas interrupciones no dexaría de valer el testamento. (1)

2.ª La otra solemnidad esencial es *la presencia de los testigos*. Estos en el testamento nuncupativo (que comunmente se llama *abierto* porque en él declara el testador por palabra su voluntad) deben ser tres

(1) L. misma l. 3. cit.

á lo menos, vecinos del lugar donde se hace el testamento, otorgandose ante escribano publico, pues si se hiciere sin el, ha de haber por lo menos cinco testigos vecinos si fuere lugar donde los puede haber; y si no pudieren ser habidos cinco testigos ni escribano en el lugar, á lo menos ha de haber presentes tres testigos vecinos del tal lugar. Pero si el testamento fuere hecho ante siete testigos aunque no sean vecinos, ni pase ante escribano, teniendo las demas calidades que el derecho requiere, vale el testamento. (1) En el testamento *in scriptis* que comunmente se llama *cerrado* se requiere para su valor que intervengan en él siete testigos y un escribano, y que asi

---

(1) L. 1. tit. 4. lib. 5. Rec. de Cast.

el testador como los testigos firmen sus nombres encima de él, y si el testador ó alguno de los testigos no supiere firmar, pueden los unos firmar por los otros de manera que sean nueve firmas por todas con el signo del escribano. (1)

Es comun opinion en el dia que no es necesario que los testigos sean rogados. (2) Pero está prohibido ser testigos en los testamentos à los condenados por algun delito grave, como homicidio, hurto y otros semejantes; à los apostatas de la fé; á las mugeres; à los menores de 14 años; á los siervos, mudos y sordos; á los locos y prodigos á quienes se

---

(1) L. 2. tit. 4. lib. 5. Rec de Cast.
(2) vease sobre este punto à Gomez en la ley 3. de Toro n.° 29.

ha prohibido la administracion de sus bienes. (1) Tampoco puede ser testigo el padre en el testamento de su hijo, y al contrario; ni los que sean establecidos por herederos, ni sus parientes hasta el quarto grado; (2) en lo qual se encuentra bastante razon, pues si el padre al hacer su testamento llamase á sus hijos para testigos ó si un testador hiciese que atestiguasen los hijos de su heredero, estos serían testigos en su propia causa; à que se añade para el primer caso, que el padre y el hijo se reputan por una misma persona. Mas no hay prohibicion para que los legatarios sean testigos, ni resultaría

(1) L. 9. tit. 1. P. 6. (2) Vease la l. 11. tit. 1. P. 6. y la 14. y 16. tit. 16. P. 3. de las que se infiere lo dicho.

inconveniente de que lo fuesen, como tampoco lo hay en que los testigos sean parientes entre sí, no siendolo ni con el testador, ni con el heredero.

Otra solemnidad necsearia en los testamentos es, que sean escritos en el papel sellado correspondiente. (1) Para el testamento abierto ó nuncupativo en que haya mejora de tercio y quinto, vinculo ó mayorasgo, fundacion, dotacion, ó memoria perpetua, se requiere que sea escrito en papel del sello primero: y los demas testamentos en que no haya ninguna de las cosas referidas, se deben escribir en el del sello tercero. (2)

---

(1) Vease la l. 44. en el med.º titulo 25. lib. 4. Rec. de Cast. que anula todos los instrument. à que falte esta solemnidad. (2) Real instruc. de 28 de Jun. insertá en ced. de 23. de Jul. de 1794 art. 50.

Los testamentos cerrados de qualquier genero ó calidad que sean, se deben escribir en papel del sello quarto enteramente sin quedar ninguno que no lo esté, por que ha de servir de protocolo, y los originales y testimonios que se han de dar á las partes despues de abierto dicho testamento, se deben escribir en la misma calidad de papel que está mandada para los testamentos abiertos. (1) Pero si algun testador quisiese escribir su testamento cerrado en papel comun lo podrá hacer, con tal que despues de abierto, el escribano saque una copia para el protocolo escrita en pliegos todos del sello quarto, y habiendola testificado la ponga en el registro con el original, y todos los traslados que diere sig-

(1) dicha Real instruc. art. 51.

nados se escribirán segun lo que queda dicho de los testamentos abiertos.

El testamento que tenga las dichas solemnidades aunque en el no haya institucion de heredero, vale segun nuestro derecho en quanto á las mandas y otras cosas que en él se contienen, y heredará aquel que segun derecho ó costumbre de la tierra había de heredar en caso que el testador no hubiese hecho testamento. Y si el heredero instituido no quisiese heredar, vale tambien el testamento en las mandas y otras cosas que en el se contienen. (1)

En la America hay otras disposiciones acerca del papel sellado, y así en los testamentos nuncupativos el primer pliego ha de ser del

(1) L. 1. tit. 4. lib. 5. Rec. de Cas.

sello segundo, y las demas ojas en los protocolos y registros han de ser selladas con el sello tercero, (1) y los testimonios que se dieren no han de llevar mas que el primer pliego sellado con el sello segundo, y los demas en papel comun (2)

Como para los testamentos cerrados no hay diposicion en las leyes de Indias, se deberá estar à las de Castilla en lo que hace à poderse escribir en papel comun, aunque al tiempo de ponerlo en el protocolo se deberá arreglar el escribano à lo mandado en la ley citada acerca de que todos los protocolos deben estar en papel del sello tercero. (3)

---

(1) L. 18. tit. 23. lib. 8. Rec. de Ind.
(2) la misma l. 18. al parrafo siguient.
(3) Vease toda la dicha l. 18. en donde se dice, que á todas las solemni-

Hay tambien otras cosas necesarias en los testamentos, asi de parte del testador, como del heredero por cuyo defecto se puede viciar, de lo qual se tratará en los titulos siguientes.

TITULO XI.

DEL TESTAMENTO MILITAR.

No hay cosa mas conforme al buen metodo que despues de considerada una regla, se propongan sus excepciones. Hemos visto las reglas que se deben observar en los testamentos: veamos ahora las excepciones que padecen. Los testamentos, ó son solemnes, en los quales no se debe omitir alguna de las solemni-

---

dades que por derecho se requieren en los instrumentos para su validacion, se añade el requisito del sello por forma substancial, para que sin ella no puedan tener efecto ni valor alguno.

dades explicadas; ó menos solemnes, es decir, privilegiados quando por privilegio se dispensan, ó todas, ó algunas solemnidades. De todas está esento el testamento de los soldados; y de algunas el hecho *ad pias causas*.

Por lo que hace à los soldados, estos por derecho de Partidas, aunque estando en su casa debian ordenar su testamento del mismo modo que los demas hombres, pero hallandose en campaña podian hacerlo con dos testigos; y estando en peligro de muerte por salir heridos de alguna funcion bélica, ó ir à entrar en ella, como quisiesen ó pudiesen, por escrito ó de palabra, escribiendolo con su sangre en escudo, armas, ó en donde les paresca, y de qualquier suerte era valido

pudiendo probarse con dos testigos presenciales, y no de otra manera. Todo lo qual se les ha concedido en atencion á la critica situacion en que estàn y peligro à que por defensa del Rey y de la patria se exponen (1)

Por las Reales ordenanzas del exército impresas el año de 1768. se declara: que todo individuo que gozare fuero militar, le gozará tambien en punto de testamentos en qualquiera parte que teste dentro ó fuera de la campaña. (1) Que en el conflicto de un combate, ó sobre el inmediato caso de empezarle, ó en naufragio, ú otro inminente riesgo militar en que se halle, pueda

(1) L. 4. tit. 1. P. 6. (2) Rs. Ord. del Exerc. de 1768. trat. 8. tit. 11. de testamentos art. 1.

testar como quisiere ó pudiere, por escrito sin testigos, y que sea valida la declaracion de su voluntad como conste ser suya la letra: ó de palabra ante dos testigos que conformes depongan haberles manifestado su ultima voluntad. (1) Que será valida la disposicion del militar escrita de su letra en qualquier papel que la haya executado, ya sea en guarnicion, quartel, ó marcha; y que siempre que pudiere testar en parage donde haya escribano, lo haga con él segun costumbre. (2)

Pero por haber ocurrido algunas dudas sobre la inteligencia de este articulo, se expidió una Real cedula (3) en la que á consulta del

---

(1) Art. 2. y 3. del mismo tit. (2) Art. 4. (3) Real cedula de 24. de octubre de 1778.

supremo Consejo de guerra, se declara por punto general, que todos los individuos del fuero de guerra pueden en fuerza de sus privilegios otorgar por sí su testamento en papel simple firmado de su mano, ó de otro qualquier modo en que conste su voluntad, ó hacerlo ante escribano con las formulas y clausulas de estilo; y que en la parte dispositiva puedan usar á su arbitrio del privilegio y facultades que les dà la misma ley militar, la civil, ó municipal. En virtud de esta Real cedula hoy no solo los militares, sino todos los que gozan del fuero de guerra por sus destinos ó empleos pueden testar sin las solemnidades prescritas por derecho comun. Desuerte que si hacen por sí su testamento no son necesarios los

dos testigos que antes se requerían, respecto á no mandar que presencien, ni hablar de solemnidad alguna, aunque algunos autores opinan que por este silencio no se deroga la establecida, por ser necesaria derogacion especial. Pero si lo otorgan ante escribano deben concurrir los testigos que la ley manda (1) respecto á usar de ella, y no del fuero de guerra. Algunos tambien juzgan que la disposicion de esta cedula no debe ampliarse á los hijos de los soldados y demas, por no gozar del fuero por razon de sus personas: por lo qual para quitar dudas sería conveniente nueva declaracion.

Los testamentos en que se hallan dispensadas muchas de las solem-

(1) L. 1. tit. 4. lib. 5. Rec. de C.

nidades pueden ser el que se hace en presencia del Rey y el hecho *ad pias causas.* En el primer caso está dispuesto, (1) que si algun caballero ú otro noble pidiere al Rey la merced de que presencie el otorgamiento de su testamento, concediendoselo el Rey, y estando presente quando se otorgase, será valido aunque no haya otro testigo.

Aunque no hay disposicion alguna por derecho civil sobre el testamento hecho *ad pias causas* por derecho canonico basta para que sea valido el que se otorgue ante dos testigos, (2) y esto segun muchos autores se debe observar no

---

(1) L. 5. tit. 1. P. 6. (2) Cap. 11. de Test.

solo en el fuero eclesiastico, sino tambien en el secular. (1)

TITULO XII.

DE LOS QUE NO PUEDEN HACER TESTAMENTO.

En los titulos anteriores se ha explicado el modo de hacer los testamentos así solemnes como privilegiados: veamos ahora que personas pueden ó no hacerlo. Por lo que hace á las personas de los testadores se puede dar esta regla general: *pueden hacer testamento todos aquellos á quienes no está expresamente prohibido.* Pero para no hacer un circulo vicioso, enumera-

(1) Covarrub. en el cap. 11 de Test. Molina de *just. et jure* tr. 2. disp. 134. Gonzales en el cap. 10. y 11. de test.

rémos los que estan prohibidos de testar por nuestras leyes.

Con solo atender á la definicion que hemos dado arriba del testamento, se viene facilmente en conocimiento de la mayor parte de los que no pueden hacerlo. Diximos que el testamento es *una legitima disposicion de nuestra voluntad.* De donde se deduce claramente que no pueden testar 1.º los furiosos y mentecatos, pues no saben ni entienden lo que quieren. (1) Pero no solo vale el testamento que hizo el loco antes de su demencia, sino tambien el que hace durante sus lucidos intervalos, si los tiene, perfeccionandolo en ellos, pues si antes de concluirlo le vuelve el frenesí no val-

(1) 13. en el med. tit. 1. P. 6.

drá; (1) y así, para anúlar el testamento del loco que tiene lucidos intervalos, es necesario probár concluyentemente con el escribano y testigos instrumentales, que al tiempo de su otorgamiento estaba demente.

Lo que se debe practicar quando un loco que tiene lucidos intervalos quiere hacer testamento para evitar dudas es, que algun hijo suyo ó pariente acuda al juez, relacionando la enfermedad del paciente, y que suele estar en su acuerdo, y pidiendo dé facultad al escribano para que del mejor modo que pueda explore su voluntad con asistencia de medico y cirujano, que previamente declaren con juramento, si está ó no capaz; y estandolo, ordene su testamento ante ellos, y el com-

(1) Dcha. l. 13.

petente numero de testigos; y obtenida la facultad del juez, declararán el medico y cirujano si está ó no en su juicio, y constando estarlo, y pareciendo lo mismo al escribano, á su presencia, y á la de los testigos prevenidos por la ley, preguntará al testador todo lo concerniente à su ultima disposicion, y especialmente al nombramiento de heredero y otras cosas concernientes, aunque sean contrarias à sus mismas respuestas para cerciorarse de la sanidad actual de su entendimiento, é irá extendiendo lo que le responda, y las declaraciones del medico y cirujano à continuacion de la providencia judicial, sin pasar á extender otra clausula antes de satisfacer á la anterior. Si sabe y puede firmar, lo firmará con todos los tes-

tigos que supieren, y autorizado por el escribano y evacuado todo se presentará al juez à fin de que lo apruebe para su mayor validacion. (1)

De la misma condicion son 2.° los *prodigos*, porque en todo el derecho se equiparan á los dementes: (2) lo qual se ha de entender quando ya por el juez se les ha prohibido la administracion de sus bienes. 3.° Los infantes y todos los que no han llegado á la pubertad, esto es, los hombres á los catorce años y las mugeres á los doze; (3) porque carecen del uso competente de la razon para declarar su voluntad. Pero cumplida la dicha edad,

---

(1) Febrero Libr. de escr. cap. 1. §. 1. num. 10. y §. 23. num. 301. (2) L. 13. tit. 1. P. 6. (3) D. l. 13. cit.

pueden testar sin licencia de sus ascendientes del tercio de sus bienes adventicios, castrenses y quasi castrenses aunque estén bajo la patria potestad. (1) 4.° Tambien el sordo y mudo *á nativitate* está impedido de testar; pero si fuere por enfermedad y sabe escribir, podrá hacerlo, y tambien el sordo total si es habil para ello lo escribirá por sí mismo, y valdrá publicandolo á presencia del escribano, y testigos. (2) Al ciego no se debe impedir la facultad de testar; pero para que valga su testamento ha de ser hecho por escribano real, y cinco testigos. (3) Para que lo sea tambien el del condenado à muerte, se

---

(1) L. 4. tit. 4. lib. 5. Rec. de Cast. y es la 5. de Toro. (2) L. 13. cit. (3) L. 2. tit. 4. lib. 5. Rec.

requiere precisamente que sus bienes no hayan sido confiscados ni comprendidos en la sentencia de su condenacion. (1)

Hay algunos á quienes no se permite hacer testamento por razon de que los bienes que gozan no son suyos, sino de la Iglesia y de los pobres: tales son los obispos, quienes de los bienes adquiridos por sus obispados, dignidades y demas beneficios eclesiasticos, á los quales llaman profecticios, no pueden testar, aunque sí se les permite en vida donar á sus parientes pobres, amigos, criados y á otros que los hayan servido. (2) A los clerigos seculares aunque por derecho canonico solo les es permitido testar en

(1) L. 3 tit. 4. Rec. de C. (2) L. 8. tit. 21. P. 1.

favor de la Iglesia de los bienes adquiridos *intuitu Eclesiæ*, en España por la costumbre muy antigua que ha habido de disponer libremente aun de estos bienes, se sostiene el testamento que hicieren (1)

Los canonigos reglares, y demas religiosos profesos estan privados tambien de testar, porque para este efecto, y el de contraer se les tiene por muertos. (2)

Finalmente hay otros à quienes por algun delito en pena se les prohibe hacer testamento: tales son los condenados por libelos infamatorios; los apostatas y hereges de-

---

(1) L. 13. tit. 8. lib. 5. Rec. de C. y 6. tit. 12. lib. 1. Rec. de Ind. (2) L. 8. tit. 21. Part. 1. y 17. tit. 1. Part. 6.

clarados tales por sentencia; (1) però no estan impedidos los que por otros qualesqnier delitos son condenados à muerte civil ó natural, sino es que se les hayan confiscado los bienes por el tal delito, pues entonces no podrán testar. (2)

Tampoco los siervos se deben tener en el dia por incapaces de testar como lo eran antiguamente, pues permitiendoles nuestro derecho trabajar para sí algunas horas, (3) y tener peculio, se infiere que pueden disponer de él por testamento; fuera de que en todo se les trata como à criados asalariados. Por lo que hace á los peregrinos ó estrangeros, lejos de serles entre no-

(1) L. 16. d. t. y P. (2) L. 3. tit. 4. lib. 5. Rec. de Cast. (3) Real ced. de 31. de mayo de 1789. art. 3.

sotros prohibido el testar, está mandado que se les permita con toda libertad, imponiendo penas á los que se lo impidan. (1)

TITULO XIII.

DE LA DESHEREDACION.

Habiendo visto ya quien puede hacer testamento è instituir heredero, se sigue ver quien puede desheredar, à quien y por que causas.

La desheredacion es *un acto por el qual los descendientes, ò ascendientes son privados del derecho que tienen á ser herederos.* (2) Solo aquel que es capaz de testar, y á mas de esto tiene herederos forzosos, esto es, descendientes ó ascendientes puede

(1) L. 30. tit. 1. P. 6. y 2. tit 12. lib. 1. Rec. de Cast. (2) L. 1. t. 7. P. 6.

desheredarlos teniendo causas para ello. (1) Debe pues, hacerse la desheredacion nombrando, ó señalando al desheredado por su nombre, ó dando de él otra señal cierta que no dexe duda de su persona; sin condicion, y del total de sus bienes, (2) pues no siendo así no valdrá.

Las causas para que sea valida la desheredacion de los descendientes legítimos, son. Primera: por poner en ellos las manos airadas, ó maquinar su muerte de qualquier modo, ó procurar que pierdan ò se les menoscabe gran parte de su hacienda, ó acusarlos de delito porque deben morir ó ser desterrados; pero si el crimen es de lesa magestad, y los descendientes lo prueban, entonces

(1) L. 2. del mism. (2) L. 3. del d. d.

no deben ser desheredados. (1)

La segunda por infamarlos de modo que valgan menos, ó tener acceso con su madrastra, ó con amiga, sabiendo que lo es de sus ascendientes. Tercera: por ser hechiceros ó encantadores, ó vivir con los que lo son. (2)

La quarta por no fiarlos pudiendo para que salgan de la prision; pero esta causa no comprende á las mugeres, porque estas no pueden ser fiadoras. (3) La quinta por impedirles que testen. La sexta por lidiar por dinero con hombre ó con bestia contra la voluntad de su padre, ó hacerse juglares ó representantes de profesion no siendolo este. La septima quando la hija resiste

(1) L. 4. tit. 7. P. 6. (2) D. l. 4.
(3) La mism. l. 4.

casarse queriendo su padre, y despues se hace ramera; pero si intentó casarse, y su padre se lo difiere hasta la edad de veinte y cinco años, pasados estos, aunque se prostituya ó case contra su voluntad, no puede desheredarla. (1)

La octava quando los descendientes no cuidan de recoger y alimentar à su ascendiente que perdió el juicio y anda vagando; pues si el ascendiente muere intestado, debe llevar el extraño que lo haya recogido, todos sus bienes; y si recobra su juicio puede desheredarlos; y aunque antes de la demencia tenga hecho testamento instituyendolos por herederos, si estando loco muere en casa del extraño, no vale la institucion de heredero. (2) La nona

(1) L. 5. t. 7. P. 6. (2) D. l. 5.

por no redimir, pudiendo á sus ascendientes cautivos; pero para incurrir el heredero en esta pena ha de ser mayor de diez y ocho años. (1)

La decima si los descendientes cristianos se pervierten volviendose judios, moros ó hereges, siendo sus ascendientes catolicos. (2) La undecima, por contraer matrimonio que la Iglesia declare clandestino: (3) aunque hoy se duda de esta causa por ser nulo el matrimonio despues del Concilio de Trento quando se contrae sin presencia del propio parroco y testigos.

Para que valga la desheredacion de los descendientes no solo se ha de expresar la causa, sino que debe probarla el testador ó el heredero ins-

(1) L. 6. del mism. t. (2) L. 7. t. 7. P. 6. (3) L. 1. t. 1. lib. 5. Rec. de Cast.

tituido, y de otra suerte no vale. (1) Pero si el desheredado consiente en la desheredacion tacita ó expresamente, no puede reclamarla despues, ni debe ser oido en juicio. (2) Y si el testamento en que se hizo, se rompe ó lo revoca el testador, no vale la desheredacion hecha en él. (3)

Los descendientes pueden desheredar à sus ascendientes legítimos por ocho causas. La primera por acusarlos de delito porque deben morir ó perder algun miembro, excepto que el delito sea de lesa magestad. La segunda por maquinar su muerte con yerbas, veneno &c. La tercera por tener acceso carnal

(1) Ll. 1. tit. 9. lib. 3. del Fuero Real 10. tit. 7. y 7. tit. 8. P. 6. (2) L. 6. tit. 8. P. 6. (3) L. 2. tit. 7. P. 6.

con su muger ó amiga. La quarta por impedirles disponer de sus bienes conforme á derecho. La quinta por solicitar el marido la muerte de su muger ó esta la de su marido. La sexta por no querer dar à sus descendientes locos lo necesario para su conservacion. La septima por no redimirlos de cautiverio pudiendo. La octava quando el ascendiente es herege y el descendiente es catolico. Por cuyas ocho causas siendo probada alguna de ellas, pueden los descendientes desheredar á sus ascendientes y valdrá la desheredacion (1)

Aunque los hermanos no son herederos forzosos, y por consiguiente no cae en ellos la desheredacion, con todo tienen accion para

(1) L. 11. tit. 7. P. 6.

anular la institucion de heredero que ha hecho su hermano quando les ha antepuesto una persona torpe ó infame. De esta accion se les priva en tres casos. 1.° Por procurar la muerte de su hermano. 2.° Por acusarle de delito por el qual meresca pena de muerte ó mutilacion. 3.° Si le ha causado la perdida de todos, ó de la mayor parte de sus bienes. En estos casos, aunque una persona de mala vida ó infame sea instituida por heredero, no podrán los hermanos demandar cosa alguna del testamento de su hermano. (1)

Finalmente el heredero extraño pierde la herencia del que le instituyó por tal, en seis casos. 1.° Quando el testador fué muerto por

(1) L. 12. del misim. tit.

obra ó consejo de alguno de su compañia, y el heredero sabiendolo entra en la herencia antes de quejarse al juez para que lo castigue; pero si otros le mataron puede entrar en ella, y despues querellarse hasta cinco años; y si en este termino no lo hace, debe perderla y llevarla el Rey. 2.° Si abre el testamento antes de acusar á los delinqüentes estando cerciorado de los que lo son. 3.° Si el testador ha sido muerto por obra, culpa ó consejo del heredero. 4.° Por haber tenido este, acceso carnal con la muger de aquel. 5.° Por decir de nulidad del testamento, pues si se declarare legitimo perderá la herencia. El 6.° y ultimo es si á ruego ó mandato del testador entrega la herencia al que por derecho es in-

capaz de heredar, constandole de su incapacidad. Por cuyas causas debe perder la herencia y pasará al Rey, y por las mismas los legatarios sus mandas. (1)

TITULO XIV.

QUIENES PUEDEN Ó NO SER INSTITUIDOS POR HEREDEROS.

Llamamos heredero á aquel que despues de la muerte de alguno le ha de suceder en todos sus bienes, derechos y acciones, disponiendo de todo á su arbitrio. (2) Puede serlo no solo el Rey y las ciudades, villas, comunidades, sino tambien generalmente todo hombre ó muger sea libre ó siervo, como no le esté prohibido por derecho. (3)

---

(1) Leyes 13. tit. 7. P. 6. y 11. tit 8. lib. 5. Rec. de Cast. (2) L. 1. t. 3. P. 6. (3) L. 2. del d. tit.

No pueden ser herederos por nuestro derecho los apostatas y hereges siendo declarados tales por sentencia: el que á sabiendas se hace bautizar dos veces; y los colegios, cofradías, ó ayuntamientos erigidos contra derecho, ó contra la voluntad del Rey.(1) Tampoco debe serlo el traidor declarado ni sus hijos varones, y estos no solo estan privados de heredar à sus padres, sino tambien á otro qualquiera pariente ó extraño, y de ser legatarios; pero las hijas pueden heredar la quarta parte de los bienes de sus madres. (2) En la misma pena incurren los que dan consejo ó ayudan à hacer la traicion, pues todos sus bienes recaen en el fisco.(3)

(1) Ll. 4. tit. 3. P. 6. y 6. y 7. tit. 8. lib. 5. Rec. (2) Ll. 2. t. 2. P. 7. y 2. 3. y 4. t. 18. lib. 8. Rec. de Cast. (3) Veanse las dd. ll.

Finalmente está prohibido de ser instituido por heredero el confesor que asiste al enfermo en su última enfermedad, ni puede haber manda, fideicomiso, ni otra cosa suya ni su Iglesia, convento ni deudo, pues nada vale de lo que en este estado les deja. (1)

De lo dicho se infiere que algunos estan absolutamente prohibidos de ser herederos, y son los que hemos dicho hasta aqui, los quales por ninguno y en ningun caso pueden ser instituidos; pero otros hay que solo son incapaces respectivamente ó en ciertos casos, fuera de los quales no se les prohibe heredar: tales son los hijos ilegi-

---

(1) Aut. acord. 3. tit. 10. lib. 5. Rec. y real. cedul. de 18. de agosto de 1771. y 13. de Febrero de 1783.

timos, y se llaman así porque no son nacidos de matrimonio que por las disposiciones de derecho canónico y civil sea legítimo, y por lo mismo no gozan regularmente hablando, de las honras y bienes de sus padres y demas ascendientes. (1)

Los hijos ilegitimos se dividen en dos clases, á saber: en naturales y espurios. Los naturales son aquellos que nacen de hombre y muger libres de estado desuerte que quando los engendraron, ó al tiempo de su nacimiento se podian ambos casar justamente, y sin dispensa alguna. A estos hijos deben criar y dar alimentos, no solo sus padres y madres, sino tambien sus abuelos y demás ascendientes por ambas lineas. (2)

---

(1) Prol. y ll. 1. y 3. tit. 15. P. 4.
(2) Ll. 1. y 2. tit. 15. y 5. t. 19. P. 4. 11. al fin tit. 13. P. 6.

Pero para que estos hijos se estimen por naturales, se requiere tambien que sus padres los reconoscan por tales, en caso que no haya tenido en su casa, ni sido una sola la muger con quien los hubo; pues si la tubo en ella, ó fué sola, si reconoció á uno, no necesitan los demás de ser reconocidos. (1)

A estos hijos pueden sus padres instituir por herederos y dexarles quanto quieran aunque tengan ascendientes legitimos, con tal que no tengan descendientes legitimos. (2) Pero si el padre no hiciere mencion de estos hijos en su testamento, deben sus herederos darles lo necesario para sus alimentos á arbitrio de hombres buenos. (3) Mas en el caso

(1) L. 9. tit. 8. lib. 5. de la Rec. (2) L. 8. tit. 8. lib. 5. Rec. de Cast. (3) L. 8. tit. 13. P. 6.

de tener descendientes legitimos, solo podrán haber el quinto de los bienes, sea en vida ó en muerte, pues de este tienen los padres libre disposicion, (1) lo qual se les dexa por razon de sus alimentos en caso que sus padres estén obligados à darselos.

Si la madre no tiene descendientes legitimos debe heredarla *ex testamento, y ab intestato* su hijo natural ó espurio, (como no sea de los prohibidos que diremos despues) aun quando tenga legitimos ascendientes, desuerte, que están igualados los espurios respecto de la madre, con los solo naturales respecto del padre. (2)

Los espurios, aunque antiguamente se llamaron así solo aquellos que no tenian padre conocido,

(1) La mism. l. 8. de la Rec. (2) L. 7. tit. 8. lib. 5. Rec. de Cast.

ahora con este nombre se llaman todos los demas ilegitimos fuera de los naturales, desde luego por que nacen y son procreados contra la pureza del derecho natural y divino, ofendida con mas especialidad en esta suerte de hijos. Se dividen en varias especies: unos son *adulterinos ó notos*, y son los que nacen de hombre casado y muger libre ó soltera, ó de ambos casados con otros. Otros se llaman *sacrilegos* y son los que nacen de frayle y monja profesos, ya sea por copula entre ambos ó por cada uno con otra persona: y los de clerigos ordenados *in sacris*, que igualmente se llaman *sacrilegos*. Todos estos son reputados por hijos de *dañado* ayuntamiento; y los de muger casada por de *dañado y punible*, porque por él incurre en pena de muerte. (1)

(1) L. 7. tit. 8. lib. 5. R. c. de Cast.

Tambien son espurios los que nacen de parientes dentro del quarto grado canonico sabiendo ambos el impedimento, y à estos llaman *incestuosos*. Finalmente los *manceres* ó mancillados son los nacidos de mugeres rameras prostituidas á todo hombre, por cuya causa se ignora quien es su padre, y á todos está obligada su madre como conocida, á dar alimentos pudiendo y necesitandolos. (1)

A todos estos hijos espurios (excepto los que son procreados por clerigo ordenado *in sacris*, ó por frayle ó monja profesos) compete ex testamento y ab intestato, el derecho solamente al quinto de los bienes de su padre ó madre, en el caso que estos los tengan legitimos: y asi, a

(1) Ll. 1. tit. 15. y 5. tit. 19. P. 4.

virtud de la obligacion de alimentarlos que les está impuesta, (1) no pueden mandarles mas en dicho caso (2). De cuyo quinto tienen facultad de disponer à su arbitrio en el tiempo de su vida, ó para despues de su muerte.

Pero los hijos de clerigos ordenados *in sacris*, ó de frayles ó monjas profesos nada pueden haber de ellos como expresamente lo dispone una ley de Recopilacion por estas palabras: " Ordenamos y mandamos que
" los tales hijos de clerigos, no hayan
" ni hereden, ni puedan haber
" ni heredar los bienes de sus padres
" clerigos, ni de otros parientes del
" padre, ni hayan ni puedan gozar
" de qualesquier manda, donacion,
" ó vendida que les sea hecha por

(1) L. 2. tit. 19. P. 4. (2) L. 8. tit. 8. lib 5. Rec. de Cast.

„ los susodichos, ahora, ni de aquí „ adelante." (1) Por lo que hace à las madres, se debe tener presente la ley siguiente de la misma Recopilacion que dice así: "Los hijos bas„ tardos ó ilegitimos de qualquier „ calidad que sean, no puedan he„ redar à sus madres extestamento, ni „ ab intestato en caso que tengan sus „ madres hijo ó hijos ó descendientes „ legitimos: pero bien permitimos „ que les puedan en vida ó muerte „ mandar hasta la quinta parte de „ sus bienes, de la qual podrían „ disponer por su anima, y no mas „ ni allende; y en caso que no tenga „ la muger hijos, ó descendientes le„ gitimos aun que tenga padre ó ma„ dre ó ascendientes legitimos, man-

(1) L. 6. tit. 8. lib. 5. Rec. de Cast.

" damos: que el hijo ó hijos ó
" descendientes que tubiere, natura-
" les ó espurios por su orden y grado,
" le sean herederos legitimos ex tes-
" tamento y ab intestato, salvo si los
" tales hijos fueren de dañado y
" punible ayuntamiento de parte de
" la madre, que en tal caso manda-
" mos que no puedan heredar à sus
" madres ex testamento ni ab intes-
" tato; pero bien permitimos que
" les puedan en vida, ó en muerte,
" mandar hasta la quinta parte de
" sus bienes, y no mas, de la qual
" podian disponer por su anima; y
" de la tal parte despues que la tu-
" bieren puedan disponer en su vida,
" ó al tiempo de su muerte los dichos
" hijos ilegitimos como quisieren; y
" queremos y mandamos, que entonces
" se entienda y diga dañado y punible
" ayuntamiento, quando la madre

" por el tal ayuntamiento incurriere " en pena de muerte natural; *salvo " si fueren los hijos de clerigos, ó " frayles ó monjas profesos, que en " tal caso aunque por el tal ayunta- " miento no incurre la madre en pena " de muerte, mandamos que se guarde " lo contenido en la ley que hizo el " Señor Don Juan el primero en la " Ciudad de Soria que habla sobre la " sucesion de los hijos de los clerigos " supra proxima.*"(1) De cuyas leyes se prueba, que los hijos espurios solo pueden heredar de sus padres no siendo clerigos ó frayles, el quinto de sus bienes, y si lo son, nada: pero probablemente se juzga que aun en este caso no se entienden excluidos los alimentos. (2) Que de sus madres son herederos forzosos en todos

(1) L. 7. tit. 8. lib. 5. Rec. de Cast.
(2) Arg. de la l. 5. t. 19 P. 4. y de la l. 8. t. 8. lib. 5. Rec. de Cast.

casos, excepto en tres. El primero quando la madre por haberlos procreado incurre en pena de muerte. El segundo quando tiene hijos legitimos. Y el tercero quando es monja profesa. De cuyos casos en los dos primeros aun les puede dexar el quinto, y en el tercero nada.

Hemos visto ya quienes pueden, ó no ser instituidos por herederos, que es lo que se contiene en la primera parte de este titulo. Veamos ahora cómo se divide la herencia y en que partes. A esta llamaron los antiguos *As* que significa un todo; y asi á la masa total de la herencia decían *As hereditario*, y lo dividían en 12 onzas que cada una tenía su nombre especial: y asi el que tomaba una onza, ó la duo-

decima parte de la herencia le llamaban heredero *ex uncia*: si dos onzas *ex sextante*; y si finalmente era heredero del total se llamaba *ex asse*. (1) Estas onzas se dividían en onzas y medias; pero toda esta division es hoy inutil pues todo testador si no tiene herederos forzosos divide sus bienes como quiere, y si los tiene, debe instituirlos en el total, sin que le quede libertad de disponer á su arbitrio mas que del remanente del quinto si fuere padre, ó del tercio si fuere hijo.

Para lo que servía esta division de la herencia era para que no quedase cosa alguna sin partir á los herederos, pues tenian por cosa inadmisible que alguno muriese

(1) L. 16. tit. 3. P. 6.

parte testado, y parte intestado; pero por nuestro derecho está esto expresamente permitido. (1) Tampoco tendrá lugar en las herencias el derecho de acrecer, el qual no era otra cosa mas, que un derecho por el qual un heredero instituido en cosa cierta, ó parte cierta v. g, dos onzas, se llevaba el total de la herencia, si el testador no señalaba heredero para lo restante. (2) Y la razon es la ya dicha, por que no hay prohibicion en el dia para morir parte testado y parte intestado; y así todo aquello de sus bienes de que no disponga el testador irá à sus herederos ab intestato, y el instituido en el testamento solo heredará aquella cosa ó parte que expresamente se le deja.

(1) L. 1. t. 4. lib. 5. de la Rec. (2) L. 14. t. 3. P. 6. derog. por la L. de R. cit.

Esto se entiende siempre que no se colija otra cosa de la voluntad del testador, pues como esta se debe guardar religiosamente, tendrá lugar el derecho de acrecer siempre que asi lo disponga. Otra cosa se debe decir en los legados como veremos despues (1)

Siguese la tercera parte de este titulo, que trata de los modos con que se puede hacer la institucion de heredero. Esta se puede hacer ó puramente ó bajo condicion, y aun para cierto dia ó hasta cierto tiempo. Veamos ahora que cosa sea condicion y de quantas maneras pueda ser. (2) Condicion se llama una circunstancia por la qual se suspende la cosa hasta realizarse un acontecimiento

---

(1) Tit. 20. de este lib. (2) Tit. 4. P. 6.

incierto. (1) De donde se infiere que la condicion que mira al tiempo pasado y se llama de preterito, (*) no es propiamente condicion, pues no puede ser incierto lo que ya ha sucedido; pero se tiene como condicion respecto à nuestra noticia. Se divide comunmente la condicion en posible é imposible: posible se llama aquella que puede verificarse; imposible es la que nunca podrá exis-

(1) L. 1. tit. 4. de la P. 6.

(*) Aunque es bastante vulgar la division de las condiciones que suele hacerse en condiciones de futuro, de presente y de preterito, ya se ha insinuado que estas, como ni tampoco las de presente, son propiamente condiciones, y lo confirma la ley 2. tit. 4. Partida 6. afirmando que solo la de futuro es rigurosa condicion. *Mas aquella es condicion propiamente que se face por palabras del tiempo que es por venir por que es dubdosa si se cumplirá ò non.* Son palabras de dha. ley.

tir, y esta tambien se dice condicion con demasiada impropiedad; pero se conserva esta division por que no deja de tener algun uso. (1)

La condicion posible se suele tambien dividir en potestativa, casual y mista. (2) Potestativa se llama quando está en potestad de los hombres su cumplimiento: Casual es la que depende del acaso; y mista la que participa de ambas.

Las condiciones imposibles tambien son de varios modos. Unas son de derecho, y bajo este nombre se entienden todas aquellas que son contrarias à las leyes, á las buenas costumbres y á la piedad. (3) Otras son imposibles por naturaleza, por que repugnan las leyes de la naturaleza

---

(1) La misma l. 1. tit. 4. P. 6. (2) Ll. 7. 8. y 9. t. 4. P. 6. (3) L. 3. tit. 4. P. 6.

el que tales cosas se verifiquen, v. g. tocar el cielo con las manos. (1) Otras son imposibles de hecho, y son aquellas que aunque no hay repugnancia en la naturaleza para que exîstan, con todo no pueden verificarse atendidas las facultades ordinarias de los hombres por exemplo: hacer un monte de oro. (2) Finalmente otras se llaman perplejas ó dudosas, quando no se puede entender su sentido por que las palabras repugnan y son contrarias entre sí: v. g. instituyo á Pedro por mi heredero, si Juan fuere mi heredero. (3)

Toda condicion puede ser afirmativa ó negativa, tacita ó expresa. Afirmativa será si su cumplimiento consis-

(1) d. l. 3. (2) Vease la l. 4. tit. 3. P. 6. (3) l. 5.

tiere en hacer, v. g. Ticio sea mi heredero si se casare. Negativa si consistiere presisamente en no hacer, v. g. Cayo sea mi heredero si no mudare de religion. Esta última tiene de singular que no suspende la consecucion de la herencia siempre que el instituido por heredero dé caucion, que si en algun tiempo hiciere contra la condicion puesta, restituirá la herencia, la qual caucion se llama *Muciana.* (1)

Explicadas yá las divisiones de las condiciones, siguese dar varias reglas para que se entienda qué efecto producirán en la institucion de heredero. 1.ª *Al heredero forzoso no se le puede poner condicion alguna bajo la qual haya de recibir su parte*

(1) L. 7. tit. 4. y 21. tit. 9. P. 6.

legitima. (1) La razon es por que las leyes destinan la herencia precisamente para él, y asi no está en arbitrio, v. g. del padre, dar ó no la herencia à su hijo como es necesario que estubiese para que lo pudiese gravar con alguna condicion. (2) 2.ª *En el quinto quando mejora un padre á su hijo tiene facultad à su arbitrio de imponerle los gravamenes y condiciones que quisiere, con tal que le sean posibles y honestas.* (3) Y la razon es, porque el quinto es hacienda propia y privativa del padre à la qual ninguno tiene adquirido derecho, y por lo mismo puede hacer de ella lo que le paresca. (4) 3.ª *En el*

---

(1) L. 11. t. 4. P. 6. y 17 t. 1. de la misma P. al fin. (2) arg. de las mism. ll. (3) L. 11. del dho. t. 4. (4) Arg. de las ll. 10. tit. 5. y 7. t. 12. lib. 3. del Fuero Real

tercio por ser verdaderamente legitima de los descendientes, que se les debe por derecho natural, y positivo, tampoco pueden los padres poner condiciones; pero sí se les permite que puedan poner el gravamen que quisieren, asi de restitucion como de fideicomiso, y hacer en el dicho tercio los vinculos, sumisiones y sustituciones que quisieren con tanto que siempre lo hagan entre sus descendientes legitimos teniendolos, y si nó entre sus descendientes ilegitimos, que hayan derecho de heredarlos; y à falta de descendientes que lo puedan hacer entre sus ascendientes; y no teniendolos, entre sus parientes; y finalmente á falta de todos entre extraños, por lo que de otra suerte no pueden poner gravamen en el tercio. (1)

(1) Vease la l. 11. t. 6. lib. 5. de la R. de C.

4.ª El heredero extraño debe cumplir qualesquiera condiciones posibles, y de lo contrario no adquirirá la herencia. (1) La razon es porque el testador se há respecto de su heredero como un legislador, y asi tiene facultad de obligarlo à todo lo posible. Pero se debe advertir que si se ponen muchas condiciones copulativamente al heredero, estará obligado á cumplirlas todas; pero si las pusiere disyuntivamente basta que se cumpla una: v. g. si el testador dixere: Ticio sea mi heredero si fabricáre tal Iglesia y diere mil pesos á los pobres, en este caso ambas cosas se deberían cumplir por el heredero. Por el contrario si uno instituye á su heredero de esta suerte: instituyo à Ticio por mi here-

(1) Ley. 7. tit. 4. Part. 6.

dero si se casare con mi hermana, ó si estudiare derecho, bastará que cumpla una ú otra de las dos cosas (1)

5.ª *Si la condicion puesta depende del arbitrio de un tercero, y por culpa ò nolicion de este no se puede cumplir, se tiene por cumplida.* (2) De esta suerte en el caso arriba puesto, en el qual el heredero estaba obligado à casarse con la hermana del testador, si esta no quisiere, recibirá el heredero su herencia como si se hubiera verificado el matrimonio, pues no estubo por él que la condicion no se cumpliese.

6.ª *La condicion imposible ya sea de naturaleza, de hecho ò de derecho, se tiene por no puesta.* (1)

---

(1) L. 13. tit. 4. P. 6. (2) L. 14. del dicho tit. (3) L. 3. tit. P. 6.

Notese que de otra suerte sucede en los contratos. En estos la condicion imposible lejos de tenerse por no puesta los vicia. Pero la razon es clara: el testamento es un acto unilateral, y asi el heredero nunca consintió en la condicion imposible. Mas los contratos como son actos bilaterales requieren el consentimiento de ambos; y asi el que consiente en la condicion imposible, ó no está en su juicio, ó está jugando y burlandose: por lo que en ninguno de los dos casos debe valer el contrato.

7.ª *La condicion perpleja ó que llamamos dudosa hace inutil la institucion de heredero.* (1) La razon es clara: ya hemos dicho que por repugnar entre sí las sentencias en

---

(1) L. 5. tit. 4. P. 6.

esta condicion, no puede cumplirse, pero ni aun conocerse la voluntad del testador.

8.ª *El heredero antes de cumplir la condicion no transmite la herencia à sus herederos*, pues ninguno puede transferir una cosa, á la qual todavia no tiene derecho.

TITULO XV.

DE LA SUSTITUCION VULGAR

Las sustituciones fueron antiguamente frecuentes por motivo de que no aceptando la herencia el heredero establecido, quedaban los testamentos destituidos, y no producian efecto alguno. Mas ahora no siendo necesaria la aceptacion para el valor del testamento, (1) han perdido las

(1) L. 1. tit. 4. lib. 5. Rec. de Cast.

sustituciones (que se reducen à la vulgar) esta utilidad.

La sustitucion en general se define que es *nombramiento de segundo ó tercero heredero para el caso de que falte, ó no lo sea el primero.* (1) Puede ser la sustitucion ó directa, ú oblicua, ó fideicomisaria. Directa se llama la que se hace por palabras directas ó imperativas, y dá la herencia al sustituto sin intervencion de otro. La oblicua ó fideicomisaria, es la que se hace con palabras de ruego, y dá la herencia por mano de otro. Se divide tambien la sustitucion en seis clases que son: vulgar, pupilar, exemplar, compendiosa, breviloqüa y fideicomisaria. (2) En este titulo tratarémos

---

(1) Prol. y ley. 1. tit. 5. P. 6.
(2) dha. l. 1.

solamente de la vulgar, y en el siguiente de las demas.

Sustitucion vulgar se llama *aquella que puede hacer qualquier testador al heredero que instituye, para el caso que no llegue á serlo.* (1) Esta sustitucion suele concebirse en los terminos siguientes: instituyo à Ticio por mi heredero, y si este no lo fuere nombro por mi heredero à Cayo. Pero se debe advertir, que para este caso lo mismo vale que el instituido en primer lugar no pueda ó no quiera aceptar la herencia, pues en todos heredará el segundo. (2) Se hace tambien esta sustitucion clara ò tacitamente. Se dirá claramente hecha quando se exprese que no siendolo el instituido lo sea otro. v. g. en el caso ya puesto;

---

(1) La misma l. 1. (2) L. 2. t. 5. P. 6.

y será tacita quando el testador nombre à varios, para que sea heredero el que de todos le sobreviva: v. g. nombro à Ticio y à Cayo para que el que me sobreviva sea mi heredero. Si al tiempo de la muerte del testador viven ambos llevarán con igualdad la herencia, y si uno solo está vivo la percibirá integramente. (1) Llamase vulgar esta sustitucion por que la puede hace, qualquier testador á qualquiera que no tenga prohibicion de ser heredero, à diferencia de la pupilar, v. g. que solo la pueden hacer los padres de familia.

Pasemos ya á varias conclusiones que se deducen de la definicion dada. Diximos que la sustitucion vulgar era institucion de un

(1) Dha. l. 2. ya citada.

segundo heredero, y de aqui se infiere 1.º que pueden ser sustituidos los mismos que pueden ser instituidos; y así están excluidos de ser sustituidos todos los que son inhabiles para ser herederos. 2.º Puede sustituirse à uno en lugar de muchos, y à muchos en lugar de uno, lo qual no admite duda. 3.º El sustituto se entiende llamado à la misma parte de la herencia, à que era llamado el heredero primeramente instituido; y así, si el testador instituye por sus herederos, v. g. à tres, á uno en la quinta, á otro en la sexta y á otro en la octava parte de sus bienes, y les sustituye otros tres; uno al primero, otro al segundo y otro al tercero, si alguno de los primeramente instituidos muere, ó no quiere acep-

tar su parte, la heredará el que le corresponda con arreglo á la institucion, aun quando nada diga el testador sobre esto. (1) La razon es porque el sucesor no debe tener mas derecho, que el que tenía aquel en cuyo lugar sucede.

La sustitucion vulgar fallece 1.° si el sustituto muere antes del testador: 2.° si acepta la herencia el instituido.

TITULO XVI.

DE LA SUSTITUCION PUPILAR Y DE LAS DEMAS SUSTITUCIONES.

La sustitucion pupilar decimos que es *una sustitucion directa hecha por el padre de familias á sus hijos impúberes que se hallan bajo su potestad, para que no carescan de he-*

(1) L. 3. tit. 5. P. 6.

redero en el caso de que mueran antes de llegar á los años de la pubertad. (1) Tres diferencias se encuentran entre la sustitucion vulgar y la pupilar. 1.ª Sustituir vulgarmente pueden todos los testadores; pupilarmente solo los padres de familia. 2.ª Vulgarmente se sustituye á qualesquiera herederos; pupilarmente solo à los hijos impuberes. 3.ª En la primera se sustituye para un caso negativo, esto es, si el instituido no fuere heredero; en la segunda para un caso afirmativo: si mi hijo fuere heredero y muriere antes de llegar à la pubertad. (2)

Hemos visto la definicion de esta sustitucion; resta ahora ver va-

(1) Ll 1. y 5. tit. 5. P. 6. (2) Ll. 1. y siguientes del d. tit. 5.

rios axîomas que de ella nacen. 1.º *El fundamento de la sustitucion pupilar es la patria potestad.* (1) Este axîoma es claro si atendemos á que las leyes solamente conceden al padre que sustituya pupilarmente, y esto quando tiene al hijo en su potestad. 2.º *La causa de esta sustitucion es la poca edad del hijo: es decir, la impubertad.* Y es la razon porque como los impuberes no puede hacer testamento, (2) para que no mueran intestados ha parecido justo que sus padres testen por ellos, la qual razon cesa luego que los hijos llegan à la edad de catorce ò doce años. (3) 3.º *Quando se sustituye pupilarmente hay dos testamentos.* Pero no se ha de en-

(1) L. 5. ya cit. (2) L. 13. t. 1. P. 6.
(3) Vease toda la ley 5. tit. 4. P. 6.

tender que son dos por razon de la forma y solemnidades, pues no se requieren mas testigos, que los necesarios en qualquier testamento; sino por la doble institucion de heredero que se hace. Desuerte que en este caso el padre hace primeramente su testamento, é instituye en él á su hijo por heredero: despues testa por este, y establece quien le herede si muere antes de llegar á la pubertad: por lo qual equivalentemente hay dos testamentos. (1)

Siendo pues el fundamento de esta sustitucion la patria potestad, se sigue 1.° que la madre no puede sustituir pupilarmente pues nunca tiene á los hijos en su potestad. (2) 2.° Que ni el padre podrá hacerlo

(1) L. 7. del mism. tit. (2) L. 2. tit. 17. P. 4.

á sus hijos emancipados: porque habiendo estos salido de la patria potestad por la emancipacion, (1) y siendo el fundamento de la sustitucion pupilar la patria potestad, es evidente que carece de facultad para hacerla. 3.° Que ni el abuelo paterno puede sustituir pupilarmente aun á falta del padre, pues aunque antiguamente tenía patria potestad en los nietos, (2) hoy no la tiene. (3) 4.° Que el padre puede sustituir pupilarmente aun á su hijo desheredado. La razon se infiere de lo dicho: el fundamento de esta sustitucion es la patria potestad, la qual no se pierde por la desheredacion. (4) 5.° Que se acaba la sustitucion

(1) L. 15. tit. 18. P. 4. (2) L. 1. tit. 13. P. 4. (3) L. 8. tit. 1. lib. 5. Rec. de Cast. (4) L. 6. tit. 5. P. 6.

en el caso de que el hijo sea emancipado despues de hecha, lo que no necesita de prueba.

Hemos dicho en el 2.º axîoma, que la causa de esta sustitucion es la poca edad del hijo, es decir, la impubertad y de aqui se infiere 1.º Que no se puede sustituir al hijo, sino para todo el tiempo que le resta hasta cumplir la edad prefinida por derecho. 2.º Que se acabará luego que la cumpla, pues no hay cosa mas natural sino que cese el efecto, cesando la causa.

El tercer axîoma es, que la sustitucion pupilar es doble testamento: por lo qual 1.º No puede el padre dar sustituto á su hijo sin hacer antes testamento para sí, pues no puede haber sustitucion sin que preceda institucion. 2.º El sustituto

del hijo recibirá todos sus bienes por qualquier linea que le vengan, pues entra en todos sus derechos. (1) (*) Finalmente, anulandose el testamento del padre, no producirá efecto la sustitucion pupilar, por que faltando lo principal, falta tambien lo accesorio.

Aunque ya se han dicho varios modos por los quales se acaba, ó pierde su efecto la sustitucion pupilar, para mayor claridad los resumirémos todos aqui. Estos son. 1.° Quando el hijo sale de la patria potestad. 2.° Quando llegue

(1) L. 7. tit. 5. P. 6. (*) Acerca de si puede el padre excluir à la madre del pupilo de la sucesion de sus bienes por medio de la sustitucion pupilar expresa, es opinion que se controvierte por una y otra parte. Vease á Febrero reform. P. 1. cap. 5. §. 3. num. 90.

á la pubertad 3.° Quando el testamento del padre se anula, ó se rompe. 4.° Si se verificare el caso de que el hijo renunciase la herencia, (1) y el 5.° si muriere primero el sustituto que el hijo.

§. I.

DE LA SUSTITUCION EXEMPLAR.

La sustitucion exemplar, es *una sustitucion directa que los ascendientes hacen á sus descendientes fatuos, locos ò desmemoriados aunque sean mayores de veinte y cinco años, no por falta de edad para testar, sino por la de uso de su entendimiento.* (2) Como esta sustitucion no tiene por fundamento la patria potestad, sino la necesidad, por el estado deplo-

---

(1) L. 10. tit. 5. P. 6.

sable del descendiente, la pueden hacer el padre, madre y abuelos á sus hijos legítimos de ambos sexôs, ya estén en su poder, ó casados ó emancipados, y tambien la madre á los naturales quando les debe su legitima; pero no á los espurios, como tampoco el padre puede sustituirles ni á los naturales.

Llamase esta sustitucion exemplar, porque se hace á imitacion, y exemplo de la pupilar, y se ordena en estos terminos: instituyó por mi heredero á Ticio mi hijo legitimo, y si falleciere en la locura ó fatuidad que padece, establesco por su heredero á Cayo su hermano. En cuyo caso muriendo el hijo en la demencia, ó fatuidad heredará el sustituto todos sus bienes. (1)

(1) L. 11. tit. 5. P. 6.

Pero en esta sustitucion se ha de observar presisamente este orden. Primeramente se han de nombrar por sustitutos del loco, fatuo ó desmemoriado á sus hijos, pues aunque los tenga se le puede sustituir exemplarmente. A falta de ellos, á los nietos, y demas descendientes por su orden y grado: no teniendolos, á un hermano como quieren algunos autores, (1) ó à todos como quieren otros, (2) y en su defecto, á los extraños (*)

---

(1) Salas en sus notas á Vinnio en la nota de derecho de España puesta à este titulo §. 1. num. 9. (2) Febrero reform. cap. cit. num. 93.

(*) Si aun en la sustitucion pupilar es muy dudoso que pueda ser excluida de la herencia la madre, y es mas probable segun algunos la contraria ¿ quanto mas en esta en que

Se acaba la sustitucion exemplar por una de estas tres causas. 1.ª Quando el loco ó fatuo recobra su juicio. 2.ª Quando le nace despues hijo ó hija. Y la 3.ª quando el que la hizo la revoca despues por testamento posterior. (1)

§. II.

DE LA SUSTITUCION COMPENDIOSA.

La sustitucion compendiosa es una

---

no hay el fundamento de la patria potestad como en la pupilar, sino sola la determinacion de la ley? y así parece que deberá observarse la 6.ª de Toro que llama á la herencia á los ascendientes antes que à los hermanos del loco y que al extraño, teniendose por derogada la ley 11. tit. 5. P. 6. Vease à Gregorio Lopez en dicha ley, palabra *otro extraño*; y à Covarrubias de Test.

(1) L. 11. al fin tit. 5. P. 6.

sustitucion directa que comprende, ò puede comprender à todos los herederos instituidos y à sus tiempos, edades y bienes que el testador les deja: ó por mejor decir: es una sustitucion que bajo el compendio de palabras contiene diferentes sustituciones segun la multitud y variedad de tiempos. Como esta incluye en sí la pupilar, solo el padre la puede hacer á sus hijos impuberes que estan en su poder, y se ordena en esta forma: instituyó por mi heredero à Ticio mi hijo legitimo, y en qualquier tiempo que muera, le sustituyo á Sempronio. En este caso, si el hijo no fuere heredero tendrá lugar la sustitucion vulgar; si lo fuere y muriere antes de la pubertad, valdrá como pupilar; y si fuere loco ó fatuo, como exemplar.(1)

(1) L. 12. tit. 5. P. 6.

§. III.

DE LA SUSTITUCION BREVILOQÜA.

Esta sustitucion, à la que tambien llaman reciproca, es *una sustitucion directa que se hace mutuamente à algunos herederos instituidos para el caso de defecto de algunos.* Llamase breviloqüa, porque se hace brevemente, ó con pocas palabras: v. g. instituyo por mi heredero á Ticio, y Cayo mis dos hijos legitimos menores de catorce años, y los hago mutuamente sustitutos uno del otro. En cuya sustitucion que solo puede hacer el padre, se incluyen quatro; dos vulgares, y dos pupilares, pues si alguno de ellos muere dentro de la edad pupilar, ó si habiendo salido de ella no quisiere aceptar la herencia, la percibirá toda el otro

instituido. (1)

TITULO XVII.

DE QUE MODOS PIERDE SU EFECTO EL TESTAMENTO.

El testamento segun nuestro derecho unas veces no produce efecto alguno desde el principio, y otras habiendo sido válido en todas sus partes, se vicia á lo menos en quanto à la institucion de heredero, y entonces se dice que se rompe, ó se rescinde. Quando el testamento carece de las solemnidades esenciales que hemos explicado yà que debe tener, ó quando el testador es de aquellas personas que estan inhabilitadas por derecho para este efecto, entonces el testamento que se hace se llama *nulo*, y no produce efecto

(1) L. 1. tit. 4. lib. 5. Rec. de Cast.

alguno en todas sus partes v. g. un testamento nuncupativo hecho con solos dos testigos, ó con tres que no fuesen vecinos del lugar, ó si fuese herege ó apostata, el que lo otorga.

El testamento valido en su principio se romperá en quanto á la institucion de heredero, aunque valga en quanto á las mandas, (1) de dos modos. El primero por la supernascencia de algun hijo, del qual no se hizo mencion en el testamento. El segundo por otorgamiento de otro posterior. El primer modo se verificará quando al testador le nace de su muger legitima algun hijo ò hija ó quando adopta conforme à derecho ó legitíma à alguno, desuerte que se haga heredero forzoso

(1) L. 1. tit. 4. lib. 5. Rec.

de sus bienes. En estos casos se anula la institucion de heredero extraño que se había hecho, y entra en su lugar el hijo ó hijos à heredar toda la parte que conforme à nuestro derecho les toca, excepto el quinto; y todo lo demas del testamento subsistirá, como tambien los legados hasta donde alcanze el quinto, que es del que tienen los padres libre disposicion. Lo mismo se debe decir en el caso de que ya el testador tenga hijos y le nasca otro, pues este sin anular el testamento entrará à la parte con los demás.

De tal suerte huyen nuestras leyes de anular los testamentos sin urgente necesidad, que fundandose en su espiritu opinan los autores, que valdría la disposicion de uno

que sabiendo que tiene hijos legitimos, no los establece por herederos; pero ni tampoco á un extraño; juzgandose en este caso que tacitamente los llama, de lo qual se infiere que aun la preterición no induce nulidad por nuestro derecho, pues en semejantes casos valen las mandas hasta aquella cantidad que alcanze el remanente del quinto.

Por posterior testamento puede romperse el primero, no solo en quanto à la institucion de heredero, sino tambien en un todo, siendo el segundo perfecto. (1) Y la razon es, porque ninguno puede imponerse á si mismo ley, de la que no le sea licito apartarse, y mas permitiendolo expresamente el derecho en atencion à que la voluntad humana

(1) L. 21. y 23. t. 1. P. 6.

es variable hasta la muerte. (1)

Pero aunque el testamento posterior se haya hecho con todas las solemnidades prescritas por derecho, será valido el anterior en dos casos. El primero si creyendo el testador haberse muerto el heredero instituido en aquel, nombra à otro en este, expresando la causa de la nueva institucion, pues verificandose que el primero vive llevará la herencia y no el segundo; pero las mandas que ambos contengan valdrán en todo lo que haya lugar, (2) y la razon de esto es la falsedad de la causa que motivó la segunda institucion de heredero.

El segundo caso es, quando el testador otorga su testamento con clausulas derogatorias generales ó

---

(1) L. 25. t. 1. P. 6. (2) L. 21. t. 1. P. 6.

especiales, y en el que hace despues no se mencionan. (1) Pero si el testador tubiese cuidado de expresar la derogacion que hace del primero con toda la individualidad necesaria, no hay duda que quedará revocado el primero. (2)

Finalmente se rescinde el testamento quando es inoficioso.

TITULO XVIII.

DEL TESTAMENTO INOFICIOSO.

Inoficioso se llama el testamento que no está hecho conforme á la piedad que deben tenerse los parientes entre sí; por lo qual permite el derecho que habiendo este sido válido se rescinda, lo qual se pide con una accion que se llama

---

(1) L. 22. del d. tit. 1. P. 6. (2) La misma l. 22.

queja de inoficioso testamento, y no es otra cosa que *una accion con la qual los ascendientes ó descendientes desheredados por su nombre y con expresion de causa legitima, piden ser admitidos à la herencia en lugar del heredero establecido en el testamento, en atencion á que la causa no ha resultado verdadera.*

Como esta accion es odiosa por que denota que el padre ó el hijo han faltado á los oficios de piedad, solo tiene lugar quando no hay otro remedio para entrar en la herencia, y así, no será necesaria 1.° Por la pretericion ó desheredacion hecha sin las condiciones prescritas por derecho, pues en este caso es *ipso jure nulla* la institucion de heredero. (1) 2.° Tampoco será nece-

(1) L. 1. tit. 8. P. 6.

saria al que haya sido instituido en una pequeña parte de la herencia, pues tendrá accion á que se le complete su legitima. (1) De donde se infiere, que solo habrá lugar à la queja entre descendientes y ascendientes en el caso insinuado en la definicion: esto es, quando la desheredacion es enteramente arreglada à derecho; pero el heredero establecido, que es á quien toca probar la causa en caso de negarla el desheredado, ó de no estar probada por el testador, no lo hace suficientemente. (2)

La queja de inoficioso testamento no se dá conforme á derecho à todos los parientes del testador, sino solo á los descendientes y as-

(1) L. 5. del mism. tit. (2) Ll. 1. y 4. tit. 8. P. 6.

cendientes á quienes se debe porcion legitima. Mas los hermanos la tienen en un caso: este es, quando pudiendo ser herederos se les antepone una persona torpe, ó de mala fama; pero no siendolo, es libre cada hermano para dejar sus bienes à quien quiera. (1)

Visto ya que es esta queja, y quien puede usar de ella, resta exâminar que efectos produce, y quando cesa. Quanto à lo primero el efecto de esta queja es anular la institucion de heredero, entrando el que debe heredar conforme à derecho, y en la parte correspondiente, y todo lo demas del testamento queda en su vigor (2) como son legados fideicomisos nombramiento de tutor &c.

---

(1) Ll. 2. y 3. del mism. tit. (2) L. 7. tit. 8. P. 6.

Quanto à lo segundo cesa la queja 1.° Siempre que hay otro arbitrio para conseguir la herencia, pues este no es mas que un remedio subsidiario. 2.° Cesa siempre que se consiente en la desheredacion, ya sea expresa, ya tacitamente, (1) como si dejase el desheredado pasar cinco años despues que el extraño hubiese aceptado la herencia, pues si pasado este tiempo se quisiere quejar, no debe ser oido, sino es que fuese menor de veinte y cinco años que entonces tendrá accion hasta que los cumpla, y aun quatro años despues.

Como hemos dicho que la queja de inoficioso testamento se dá a todos los ascendientes y descendientes que por derecho se les debe porcion legitima, se hace preciso ex-

(1) L. 6. del mism. tit.

plicar que parte de la herencia sea la que con este titulo se debe dejar por los ascendientes à sus descendientes, y por estos á aquellos: y para dar toda la luz necesaria á esta materia, se tratará tambien de las mejoras de tercio y quinto.

La legitima que se debe por nuestro derecho á los descendientes legitimos, comprende todos los bienes de sus ascendientes, exceptuando la quinta parte, de la qual pueden disponer á su arbitrio en vida ó en muerte, (1) entendiendose que solo es un quinto en ambos tiempos como está declarado. (2) De esta parte, y no del cuerpo de la hacienda del testador se han de deducir los gastos de su funeral, misas, entierro y legados que haga

(1) L. 12. t. 6. lib. 5. R. (2) D. l. 12.

el que tiene descendientes legitimos, aunque lo prohibiese expresamente. Mas la parte que los descendientes deben dejar á sus legitimos ascendientes sea en testamento ó ab intestato quando estos no tienen descendientes legitimos, comprende solamente las dos tercias partes de los bienes que el hijo, ó descendiente dejare por su muerte, y así les queda facultad de disponer por su alma, ó entre extraños del tercio. (1)

Aunque como se ha dicho, el testador que tiene hijos legitimos debe dejar à estos las quatro partes de todos sus bienes, sin tener arbitrio para disponer en su perjuicio de mas, que de la otra parte á la que llamamos quinto; con

(1) L. 1. tit. 8. lib. 5. Rec.

todo le concede el derecho facultad para que pueda asignar á uno ó à muchos de sus descendientes, sean hijos ó nietos &c. el tercio de sus bienes, (1) la qual doctrina se percibirá mas claramente con lo que dirémos inmediatamente de las mejoras.

Decimos hacerse mejora, quando el padre deja el tercio ó el quinto á uno ó à muchos de sus hijos ó descendientes legitimos; (2) y es la razon porque en esta parte que les deja señaladamente, los hace mejores respecto de los otros descendientes. Pero si el padre hace ambas mejoras, primero se saca el quinto, y despues el tercio para que

(1) L. 2. tit. 6. lib. 5. Rec. l. 10. t. 5. lib. 3. Fuero Real (2) T. 6. lib. 5. de la Rec.

sea mas quantioso el quinto en favor del alma del testador. (1) Acerca de las condiciones y gravamenes que pueden ponerse por los padres en el tercio ó quinto, hemos dicho ya lo suficiente en otra parte. (2)

Como las leyes permiten à los ascendientes que mejoren á sus legitimos descendientes por contrato entre vivos ó por ultima voluntad, se infiere; que si aquellos hacen donacion á alguno de estos, aunque no usen de la palabra *mejoro*, se entiende serlo en el tercio, y remanente del quinto, contandose lo que en estos quepa para que con ningun otro pueda hacerlo en mas de su importe, pues si asciende á mas

(1) L. 214. del Estilo. (2) Tit. 14. de este libro.

se tendrá por legitima, y excediendo à esta y à la mejora, deberá el donatario restituir el exceso à los coherederos. (1) Pero si mandan que lo traiga todo á colacion y particion, no se entenderá mejorado, antes bien deberá restituir lo que excediere de su legitima la cantidad recibida, pues se infiere claramente que no lo mejoraron.

Las hijas no pueden ser mejoradas por contrato entre vivos por razon de dote ni casamiento, ni se entiende serlo tacita ni expresamete; y así aunque sus padres las mejorasen por razon de matrimonio no vale, (2) y por consiguiente tampoco el pacto ó promesa que por

---

(1) L. 10. tit. 6. lib. 5. Rec. de C.
(2) L. 1. tit. 2. lib. 5. Rec. de Cast. y Auto 4. num. 24. t. 12. lib. 7. de la R.

esta razon haga el padre à su hija, ó yerno de no mejorar à los demas hijos, porque por este pacto es visto ser mejorada respecto à privarse el padre de hacerlo con los demas hijos, y recaer precisamente en ella la parte de mejora que entre ellos se había de partir sí su padre los mejorase. Pero por testamento ú otra ultima voluntad sí puede, por que no hay derecho que se lo prohiba. Lo mismo parece que sucederá por contrato entre vivos, con tal que el dotarlas, ó casarlas no sea la causa impulsiva y final de la mejora, ó aunque lo sea no exceda la dote de la renta que prefine la ley 5. tit. 2. lib. 5. de la Rec. en cuyos casos, aunque supére à la legitima que debe corresponderles atendido el valor de los

bienes que sus padres, ó el que las mejoró dijen, parece que no tendrán obligacion de restituir el exceso, y que se les computará todo en legitima.

Mas aunque una ley de Recopilacion (1) dice, que para llamarse inoficiosas las dotes, se ha de mirar si exceden del valor del tercio, quinto y legitima, y si caben en los bienes que deja el que las dió, ú ofreció ó en los que tenía quando las mandó, segun quisiere elegir la persona á quien fueron prometidas, hoy no tiene lugar esta eleccion, porque las hijas no pueden ser mejoradas por contrato entre vivos, sino en los dos casos propuestos. Por lo qual, si la dote que dá el padre á su hija excede

(1) L. 3. tit. 8. lib. 5. Rec.

de la legitima que la puede tocar quando muera, atendido el valor liquido y efectivo de sus bienes, unido con el de la dote que haya dado antes á la hija exîstente en su dominio, (*) debe restituir el exceso à sus hermanos por no transferirsela su dominio, ni podersela computar en tercio ni quinto, por que la ley resiste y anula esta donacion. A que se añade, que para poder dotar y que la dote sea con-

(1) Notese que los padres pudiendo, estan obligados por derecho á dotar à sus hijas legitimas exîstentes en su dominio, sean ò no ricas, y de estas dotes y donaciones son de las que habla la ley 9. tit. 6. lib. 5. de la Rec. quando dice: que el tercio ni quinto de mejora no se debe sacar de las dotes ni donaciones, pues son bienes de los hijos, y no del padre. Vease para lo primero la ley 8. tit. 11. P. 4.

grua y no se gradúe de inoficiosa, se ha de atender á las facultades del donante, à su calidad y condicion, y la de la dotada y su marido; á los hijos con que el dotante se halla, y á la costumbre del pueblo. Pero bien podra hacerles alguna donacion simple por mera liberalidad, pues cesando todo fraude valdrá, porque la ley citada reprueba solamente las mejoras por via de dote ó matrimonio á causa de ser excesivas; mas no las donaciones provenientes de mera liberalidad, pues de lo contrario sería correctoria de las que permiten estas donaciones. (1)

Pueden los ascendientes revocar hasta su muerte la mejora he-

(1) Vease á Febrero de Particiones lib. 2. cap. 2. §. 2.

cha á sus descendientes en contrato entre vivos ó ultíma voluntad, por las causas porque se permite revocar las donaciones perfectas, á menos que siendo hecha por contrato entre vivos hayan entregado al mejorado la posesion de los bienes de ella; ó à presencia de escribano la escritura, ó que el contrato se haya celebrado con tercero por causa onerosa v. g. por casamiento, ó por otra causa semejante, que en estos casos es irrevocable. (1)

TITULO XIX.

DE LA DIFERENCIA QUE HAY DE HEREDEROS.

Ya hemos dicho arriba que el heredero es un sucesor universal de

(1) L. 1. tit. 6. lib. 5. de la R. de C.

los derechos y acciones que corresponden ó pueden corresponder al testador. La primera division de herederos que hallamos por nuestro derecho, es que unos son *ex testamento*, y otros *ab intestato*. Los herederos ex testamento son los que el testador nombra por tales, ya sean ó no sus consanguineos, para que le sucedan en todos sus bienes, derechos y acciones, y así mediante su expresa voluntad, entran en ellos. Herederos ab intestato son los mas cercanos parientes del difunto que no hizo testamento, ó si lo hizo fué nulo por no ser arreglado á derecho, y estos solo por disposicion de las leyes le suceden en todos sus bienes, y por eso se llaman tambien legitimos.

Los herederos ex testamento se

dividen en universales y particulares: universales se llaman los que suceden no solo en todos, ó en una parte de los bienes del testador, sino tambien en sus cargas, por lo que se llaman propiamente herederos: particulares son los que suceden en cosa cierta ó singular: v. g. una casa, y estos son propiamente legatarios. Se subdividen los herederos ex testamento en forzosos, que tambien se llaman legitimos, en necesarios y voluntarios. (1) Los forzosos son los hijos y descendientes legitimos del testador, y se llaman así, no porque estén obligados á aceptar la herencia, sino porque sus ascendientes mas cercanos deben instituirlos precisamente por sus herederos no teniendo causa legitima

(1) L. 21. tit. 3. P. 6.

para desheredarlos: y se llaman tambien legitimos porque nacen conforme á las leyes y disposiciones de la Iglesia. De estos hay tres clases, que tienen alguna distincion: unos son nacidos y procreados durante matrimonio verdadero, para cuya celebracion no tuvieron sus padres impedimento canonico. Otros que aunque han sido engendrados y nacidos durante él, resultó despues entre sus padres algun impedimento que ignoraban ambos, ó á lo menos el uno. Y otros los que engendran y procrean soltero y soltera libres de impedimento canonico para casarse, pues si sus padres lo verificaren, serán legitimados por subsiguiente matrimonio. (1) A todos

(1) Ll. 1. tit. 13. P. 4. 2. y 4. tit. 6. lib. 3. del Fuero Real.

los dichos deben sus padres instituir por herederos aunque no estén en su potestad al tiempo de hacer el testamento, y les deben necesariamente suceder no habiendo, como ya hemos dicho, causa legal para desheredarlos, pues á los hijos en quienes concurren las calidades referidas, pertenecen los bienes de sus padres por derecho natural y positivo, y en ellos tienen quasi dominio.

Ningun extraño puede entrar en parte con los descendientes legitimos, y si fuere instituido heredero con ellos, será invàlida é ineficaz, en quanto à èl la institucion; pero se comprenden entre los herederos legitimos los *póstumos*, y se llaman así los que nacen despues de la muerte de sus padres. Mas

para que sean reputados por legítimos es preciso que su madre los dé à luz lo mas à los diez meses de la muerte de su marido, y que al tiempo de esta, viva en su compañía, pues si nacen aunque no sea sino un dia entrado en el onceno mes, no se reputarán por legitimos; pero sí, naciendo dentro de los siete (1) ó de los nueve, que es lo comun.

En la clase de herederos forzosos y legitimos se comprenden tambien los ascendientes legitimos, á los quales sus descendientes no teniendolos legitimos, ó otros que hayan derecho de heredarlos, deben instituirlos por sus herederos y lo son ex testamento y ab intestato, (2) y no solo deben sucederles en sus bie-

(1) L. 4. tit. 23. P. 4. (2) L. 1. t. 8. lib. 5. Rec. de Cast.

nes adventicios, sino tambien en los castrences y quasi castrenses. Los que han derecho de heredar á los descendientes legitimos, no teniendolos estos, son el hijo natural legitimado por el subsiguiente matrimonio ó por rescripto del principe y el adrogado, los quales excluyen à los ascendientes legitimos de la sucesion de los bienes de sus descendientes.

Los herederos necesarios por derecho de Partidas son los siervos del testador quando los instituye por tales, y se llaman así, porque una vez establecidos, estan obligados á admitir la herencia de su señor y à pagar, no solo de los bienes de este, sino de los suyos propios adquiridos antes ó despues de su muerte, las mandas y deudas que deja, y por la institucion se

hacen libres. (1) Los voluntarios, ó extraños son todos los demas, à los quales se dan estos nombres, porque aunque sean parientes del testador no tiene obligacion en el fuero externo de dejarles sus bienes.

Acerca de la capacidad, y habilidad del heredero para serlo, es necesario advertir que para que pueda heredar forzosamente al testador, basta que no tenga impedimento legal al tiempo de su muerte, aunque al de la institucion lo hubiese tenido. Los necesarios (si se verificase el caso) han de carecer de él, así al tiempo de la institucion, como al del fallecimiento. Mas los extraños deben estar libres, é indemnes en tres tiempos: el primero quando son instituidos: el se-

(1) L. 21. tit, 3. P. 6.

gundo, quando muere el testador y el tercero, quando aceptan la herencia; pues si en alguno de ellos lo tienen, no la llevarán antes bien entrará en ella el sustituto, si lo hubiere ú otro que con ellos sea instituido á quien acrecerá; y si ninguno de estos hubiese, pasar á los parientes mas cercanos del testador. (1)

En atencion à que el cargo de heredero era sumamente gravoso, por quanto el que lo aceptaba era compelido á pagar todas las deudas (2) del difunto, como que era su sucesor universal y entraba representando su persona; para facilitarlo se concedieron á los que fuesen herederos dos beneficios, que son, el

(1) L. 22. tit. 3. P. 6. (2) Prologo del tit. 6. P. 6.

derecho de deliberar y el de inventario. El primero es *un espacio concedido por la ley al heredero dentro del qual pueda informarse, así del valor de la herencia, como del numero de las deudas, y resolver si le tiene provecho ó no el aceptarla.* (1) El tiempo que puede conceder el REY es de un año, y los demas jueces inferiores, nueve meses. Pero conociendose que en menos tiempo se puede deliberar, solo se les deberán conceder cien dias. (2) Pero de este beneficio no se usa, por quanto hay concedido otro mas util, y mas seguro con el qual sin peligro alguno, puede qualquiera aceptar una herencia.

Este es el de *inventario*, el que

---

(1) L. 1. tit. 6. P. 6. (2) L. 2. del mismo tit.

haciendose conforme á derecho es de grande utilidad. Veamos pues qué cosa sea inventario, como deba hacerse y que efectos produce. Inventario no es otra cosa, que *un instrumento en que se escriben y sientan todos los bienes que se encuentran, sea por muerte ó por embargo de alguno.* (1)

Se divide el inventario en solemne y simple: el primero es el que se hace observando todas las solemnidades prescritas por derecho, y el segundo el que se formaliza haciendo solamente una descripcion ó nomina de los bienes. Ambos convienen en el fin, el qual es, que se conosca que bienes, de que clase, precio, peso y medida existen.

---

(1) Ll. 99. y 100. tit. 18. P. 3. y 5. tit. 6. P. 6.

Para que el inventario solemne sea vàlido, se requieren las condiciones siguientes 1.ª Que se cite al efecto à los herederos, (sino es que lo hagan ellos) legatarios y acredores. (1) 2.ª Que se haga ante personas publicas, con autoridad publica, como son juez y escribano; pero parece que de necesidad no se requiere la presencia del juez, sino es en algunos casos que trae Febrero; (2) y así por lo regular basta la del escribano precediendo auto del juez, pues las leyes no piden este requisito de su presencia continua. (3) 3.ª Que se in-

(1) L. 6. tit. 6. P. 6. de la que se infiere que vale el inventario aunque no se citen los legatarios; pero en este caso les queda arbitrio para argüirlo de diminuto. (2) Vease en el libro 1. de inventarios. Cap. 1. § 1. num. 16. (3) Ll. 99. y 100. tit. 18. P. 3. y 5. tit. 6. P. 6.

ventarien todos los bienes que dejó el difunto por clases separadas, y por menor con distincion de muebles, raices, semovientes, fueros, derechos y acciones; juntamente con todos los libros y papeles tocantes à los bienes hereditarios. 4.ª Que se ponga en el inventario el dia, mes, año y lugar en que se comienza, y concluye al modo que en qualquier instrumento publico, y de lo contrario no vale: (1) la razon es, porque el heredero debe acreditar haberlo principiado y concluido en el termino legal, y no podrá hacer la prueba si carece del dia, mes y año: fuera de que como instrumento publico se viciaría por esta falta, y sería lo mismo que

(1) L. 13. tit. 25. lib. 4. Rec. de C.

no haberlo hecho (1)

5.ª Que se principie y concluya dentro del termino legal. El heredero pues, debe comenzar el inventario dentro de los treinta dias primeros siguientes al en que sepa que está instituido por tal, y concluirlo dentro de tres meses inclusos los treinta dias. Esto es, si en el distrito del pueblo dónde falleció el testadór existen los bienes de la herencia, pues hallandose algunos en otra jurisdiccion, se le puede conceder un año, á mas de los tres meses. (2) 6.ª Que presencien la confeccion del inventario tres testigos vecinos del pueblo en que se formaliza, varones y de buena fama, que conoscan al heredero ó

---

(1) L. 5. t. 6. P. 6. y 13. t. 25. lib. 4. R. de C. (2) L. 100. tit. 18. P. 3. y 5. t. 6. P. 6.

inventariante, y que vean lo que se inventaría, oigan y entiendan lo que se escribe. (1)

La 7.ª Que el que hace el inventario lo subscriba ó firme, y si no sabe, otro escrivano por él. (2) Pero lo que se practica es, que uno de los testigos firme, pues no es posible que en todas partes se hallen dos escribanos. (3) 8.ª Que el inventariante asegure que ha hecho fiel y legalmente el inventario sin engaño alguno, (4) la qual clausula regularmente se pone con juramento aunque las leyes no lo previenen.

El inventario simple, ó extrajudicial ciertamente no necesita de-

---

(1) L. 100. tit. 18. P. 3. y 5. ya cit. (2) Dhas. ll. (3) Febrero de invent. l. 1. §. 1. num. 36. (4) Dhas. ll.

juez ni de decreto para hacerse; pero sí de escribano y se formaliza con todas las solemnidades dichas.

Los principales efectos que produce el inventario son 1.° Que habiendolo el heredero verificado, no puede ser convenido en mas de lo que monte el valor de los bienes que hereda. 2.° Que no se le puede mover pleyto mientras lo está formando; y 3.° Que en su consequencia puede determinar sobre la renuncia, ó aceptacion de la herencia, lo qual puede hacer por palabra ó por hecho. (1)

TITULO XX.

DE LOS LEGADOS.

El Legado, que tambien se llama manda, es *una donacion que el tes-*

(1) Ll. 5. 7. 10. 11. y 18. tit. 6. P. 6.

tador hace en su testamento ò *en otra disposicion testamentaria á alguno por amor de Dios, ó por su alma, ò por hacer bien á quien se la deja:* y Legatario se llama *aquel que es nombrado para su percibo.* (1)

Los legados se dividen en forzosos y voluntarios. Los primeros son aquellos que por mandado del derecho se deben dejar á ciertos y determinados objetos piadosos, quedando al arbitrio del testador la cantidad que quiera legar. Tales son en esta Diosesi la Archicofradía del Santisimo Sacramento fundada en el Sagrario de esta Santa Metropolitana Iglesia: la Redencion de cautivos: nuestra Señora de Guadalupe de Mexico; y los lugares

(1) Ll. 6. tit. 6. y 1. tit. 9. P. 6.

santos de Jerusalen, y estos quatro legados se pagan el dia de hoy. Los voluntarios son los que dependen de la voluntad del testador, como efecto de su liberalidad.

Habiendo visto que cosa es legado y su division, resta exâminar ahora quien puede legar: á lo qual decimos, que todo aquel que puede instituir heredero y hacer testamento, puede dejar legados; y como esto ya queda expuesto en el tit. de los herederos, y de los que pueden ó no hacer testamento, es inutil repetirlo. Así v. g. vimos que el hijo de familias puede hacer testamento, luego puede legar; que el herege ó apostata no lo puede hacer, luego ni tampoco podrá dejar legados.

Tampoco tiene dificultad el saber á quienes se pueden dejar lega-

dos, pues es constante que son capaces de ello todos los que pueden ser instituidos por herederos, y que no tienen prohibicion de serlo al tiempo de la muerte del testador, aunque la hayan tenido al tiempo de dejarseles el legado. (1) Exceptúase de esta regla el legado de alimentos el qual es tan favorable, que se puede dejar aun à los incapaces de ser herederos, v. g. el hijo expurio. (2)

Puede el testador mandar que pague à otro algun legado, á todos aquellos que reciben algo de su testamento, con tal que no los grave en mas de lo que hayan recibido de él; (3) y así no hay duda que

(1) L. 1. tit. 9. P. 6. (2) L. 8. tit. 8. lib. 5. Rec. (3) L. 3. tit. 9. P. 6.

podrá mandar que dén legados á su heredero, legatario, fideicomisario y donatario *mortis causa*, por que todos estos perciben alguna cosa de los bienes de la herencia: v. g. puede un testador decir de esta manera: á Seyo le lego mi casa: à Sempronio lego mil pesos que le entregará Seyo. Pero si à Seyo le hubiese legado mil pesos, y le mandase pagar á Sempronio un legado de mil y quinientos, no valdría semejante legado, porque se gravaría á Seyo en mas de lo que se le había dejado. (1) De lo dicho se infiere: que á ninguno se le puede legar una cosa que sea suya propia, pues ninguna liberalidad se exercería con él, dejándole lo mis-

(1) L. 4. tit. 9. P. 6.

mo que ya tenía antes. Pero si el testador me legase mi casa para el caso en que dejase de ser mia, sería valido el legado, y entonces el heredero verificado el caso, debería ó redimirla para volvermela, ó darme su estimacion.

Uno de los puntos principales en esta materia es saber qué cosas se pueden legar: y acerca de esto es regla general, que *se pueden legar todas aquellas cosas que existen, ó pueden exîstir*: y así valdrá el legado que uno hiciera de la cosecha del año venidero. Tambien las cosas corporales ó incorporales de qualquiera especie que sean, se pueden legar utilmente; (1) y así ninguno dudara que se puede legar un usufructo, una servidumbre,

(1) L. 15. del mismo tit.

una deuda activa, aun siendo todas estas cosas de las que se llaman incorporales. Se requiere con todo eso, que la cosa que se lega esté en el comercio de los hombres, pues de otra suerte ni se podrá dar ni recibir, y así sera absurdo el legado de un templo, de una plaza publica ó de un puerto y de otras cosas semejantes, pues todas estas están esentas del comercio de los privados. (1)

Puede el testador legar no solo sus cosas y las de su heredero, sino tambien las agenas; y en este caso tiene obligacion el heredero de comprar de su dueño la cosa legada, y entregarla al legatario, y si el dueño no la quisiere vender, la es-

(1) L. 13. del d. tit.

timacion. (1) Pero todo esto se entiende en el caso de que el testador supiese que la cosa que legaba era agena, pues si creía que era suya, à nada estará obligado el heredero, pues hay presuncion fundada de que no hubiera hecho el legado si hubiese sabido que la cosa no era suya, y siempre es de cargo del legatario probar que supo el testador que la cosa era agena y si no lo verificare, perderá el legado. (2) De esta regla se exceptúa el caso de que el testador hiciese algun legado de cosa agena á su muger ó à algun pariente, pues entonces se presume que en todo caso se la quiso legar. (3)

Pero ¿ que se deberá hacer

(1) L. 10. tit. 9. P. 6. (2) La mism. l. en el medio. (3) La mism. l. al fin.

quando el legatario ya haya adquirido la cosa agena que se le lega en algun testamento? En este caso se debe distinguir si la adquirió por titulo oneroso ó lucrativo; si la adquirió del primer modo, le debe entregar el heredero la estimacion; si del segundo, el legado es inutil por la regla que dice: que *dos causas lucrativas no pueden concurrir en una misma cosa, y acerca de una misma persona.* (1) Esta regla es digna de observarse, y de ella salen quatro conclusiones: 1.ª Que si antes de la muerte del testador había yo comprado la casa de mi vecino, y él ignorante de la compra me la había legado en su testamento, se me debe la estimacion en este caso, porque la compra es titulo oneroso.

(1) L. 43. tit 9. P. 6.

2.ª Que si la casa del vecino se me lega en dos testamentos de dos sugetos distintos, si ya la he recibido del uno, no puedo pedir del otro la estimacion, porque he recibido la casa por titulo lucrativo: por el contrario, si en virtud del legado del primer testamento solo recibí la estimacion, todavía puedo pedir la casa en fuerza del segundo, porque aun no la he adquirido, y así no se verifica titulo lucrativo, ni oneroso. (1) 3.ª Que si se me ha legado la casa del vecino, y yo solo he adquirido una parte por titulo lucrativo, se me deberá la estimacion de la otra parte. 4.ª Que si se me ha legado alguna cosa agena, y yo solo hé adquirido la propiedad sin el usufructo por titulo

(1) L. 44. del mism. tit.

oneroso, entonces recibiré la estimacion de solo la propiedad. (1)

Puede el testador legar las cosas suyas que tiene dadas en prendas á otro, y vale el legado, (2) pues siendo constante que puede legar las cosas agenas, con mayor razon podrá hacerlo con las cosas pignoradas en las quales retiene el testador la propiedad. Lo principal en este punto está en saber quando tendrá el heredero obligacion de pagar la cantidad que adeuda la cosa empeñada, y quando el legatario: para lo qual estableceremos varias reglas. 1.ª Sabiendo el testador que la cosa que lega está empeñada por menos de su valor, la debe desempeñar el heredero y en-

(1) Arg. de dich. ll. (2) L. 11. tit. 9. P. 6.

tregarla libre al legatario. (1) 2.ª Si la cosa estaba empeñada por tanta ó por mayor cantidad de la que importa su valor, tambien la deberá desempeñar el heredero, ahora lo supiese ó no el testador. (2) 3.ª Si la cosa estaba empeñada por menos de su valor y el testador lo ignoraba, entonces el legatario debe desempeñarla. (3)

Vale tambien el legado de la cosa dada en prendas al testador, hecho al mismo que la empeñó; pero en este caso el heredero tiene accion para pedir al legatario la cantidad que sobre ella le había dado el testador, (4) sin que por esto pueda decirse que es inutil el legado

---

(1) D. l. 11. en el princ. (2) D. l. en el med. (3) La misma ley al fin. (4) L. 16. tit. 9. P. 6.

pues queda al legatario la utilidad de tener en su poder la alhaja libre del empeño, y de esto es de lo que se hace el legado, à menos que el testador mande expresamente lo contrario.

Mas ¿que se deberá decir quando el testador haya legado una alhaja, por exemplo una casa, y viviendo todavía la enagena? ¿Será valido con todo eso el legado ó no? En este caso distingue nuestro derecho: ó la enagenacion fué por donacion ó por venta; si fue del primer modo se acaba el legado, por que presume el derecho que se arrepintió y que quiso quitar el legado al legatario. (1) Si del segundo, permanece util el legado y se debe la estimacion de él, por pre-

(1) L. 17. y 40. t. 9. P. 6.

sumir el derecho que el haber vendido la cosa legada fué por urgencia que padeció el testador y no con intencion de revocarlo. (1)

Muchas veces se dejan legados de varias cosas incorporales: tales son el legado de *nombre*, de *liberacion* y de *deuda*, las quales especies se deben distinguir con cuidado. Legado de nombre es, quando el testador lega à Ticio lo que le debe Sampronio. Legado de liberacion ó de libertad es, quando se deja al legatario lo mismo que él debe. Finalmente legado de deuda es, quando el testador lega à su acreedor lo mismo que èl le debía pagar. Por lo que hace al legado de nombre, el efecto que este produce es, que el heredero debe ceder al

(1) L. 40. ya cit.

legatario las acciones que tenía el testador contra el deudor. (1) Pero ¿que se deberá hacer quando esta deuda activa no sea buena, desuerte que el legatario nada perciba del deudor? En este caso à nada mas está obligado el heredero, y cumple con traspasar al legatario todo el derecho que él tenía. Por el legado de liberacion ó de libertad está el heredero obligado à entregar al legatario la escritura de obligacion que hubiese otorgado à favor del testador, las prendas y demas seguridades de la deuda, y de este modo librarlo enteramente de que se le pueda cobrar. Acerca de estos dos legados se puede mover una qüestion curiosa: ¿que se debería hacer en el caso de que el

(1) L. 15. tit. 9. P. 6.

testador cobrase en vida la deuda, si permanecerá util el legado? Aqui distingue tambien nuestro derecho. Si el testador cobró y recibió la deuda, perece el legado y no está obligado el heredero á dar la estimacion de él, porque se entiende que lo revocó pues cobró la deuda y se la entregaron; pero si el deudor la pagó de su voluntad no pidiendosela, entonces vale tanto el legado de nombre como el de liberacion, y el heredero está obligado à dar la cosa mandada en que consistía la deuda, ó su estimacion. Y la razon es: porque recibiendo el testador la cosa adeudada sin pedirla, se presume que su intencion es guardarla para aquel à quien la legó. (1)

El legado de deuda se puede

(1) L. 15. tit. 9. P. 6.

dudar con bastante razon si será util: porque parece que ninguna liberalidad es que el deudor legue à su acredor lo mismo que le debe: por otra parte el heredero aun sin legado tiene obligacion de pagar todas las deudas del difunto. Mas con todo, muchas veces el legado de deuda es util: figurarémos tres casos en que lo es evidentemente. 1.° Quando el testador debe bajo de condicion ó para cierto dia; entonces la utilidad del legado es suma, porque en virtud de él está obligado el heredero á pagar luego al punto. 2.° Quando la deuda solo es de escritura sin hipoteca; pues por el legado adquiere el legatario derecho de hipoteca en todos los bienes de la herencia. 3.° Quando la deuda no está liquida ó es

dificil de probarse; pues entonces trae al legatario la utilidad de poder probar con el testamento la verdad de la deuda.

Hay tambien legados que se llaman *de genero, de especie y de quantidad*, y sus diferencias son dignas de notarse. Genero llaman los juristas, lo que para los filosofos es especie: v. g. un caballo, un libro, un vestido. Especie por el contrario, à lo que los filosofos individuo: v. g. tal caballo de mi caballeriza, las obras de Heinnecio de mi librería, un vestido de terciopelo negro que tengo en mi ropero &c. Finalmente, quantidad es un genero determinado con cierto numero: v. g. quatro caballos, mil pesos. Por lo que hace al legado de especie se deben observar las reglas

siguientes. 1.ª *La especie legada no perece para el heredero, sino para el legatario.* Para esto hay dos razones: la primera porque el dominio de la cosa legada pasa al legatario inmediatamente despues de la muerte del testador, y la cosa perece para su dueño. (1) La segunda porque el heredero solamente es deudor de cierta especie, y así se libra si perece esta. Se exceptúa de esta regla el caso de que el heredero sea moroso en entregar la cosa legada, pues entonces perece para él, y tambien quando por culpa suya pereciere, pues como deudor presta hasta la culpa leve. (2) 2.ª *Quando se lega una universidad de cosas, por exemplo una manada de ove-*

(1) L. 34. tit. 9. P. 6. (2) L. 41. tit. 9. P. 6.

jas, el aumento ò diminucion que tuviere pertenece al legatario; y así si la manada al tiempo de la muerte del testador era de cien ovejas, y despues con las que nacieron se aumentó hasta ciento y cinquenta, esta utilidad es para el legatario. Por el contrario, si por muerte de las ovejas se disminuyó la manada hasta quedar en veinte cabezas, este daño será tambien del legatario por la razon ya dada, de que el dominio de la especie legada pasa al legatario inmediatamente despues de la muerte del testador.

Por lo que hace al legado de genero se deben observar en él dos reglas. 1.ª Que *para que sea util, es necesario que sea de genero infimo, y que tenga ciertos y determinados limites por la naturaleza*; y así no

producirá efecto si el genero fuere supremo, ò sin determinacion por la naturaleza. Esto explicado de este modo parece obscuro; pero se hará claro con los exemplos. Un caballo v. g. es legado de genero infimo, y qualquiera sabe que cosa es un caballo: mas un legado que se hiciese de un animal, ó de una cosa absolutamente, sería legado de genero supremo; y así sería cosa absurda y ridicula legar à Ticio v. g. un animal, pues en este caso cumpliría el heredero con entregarle una mosca ò una pulga. De aqui se infiere claramente la razon de una ley (1) que dice: que si el testador legare á uno una casa sin tenerla, no está obligado el heredero à comprarla ni vale el legado,

(1) L. 23. tit. 9. P. 6.

pues presume el derecho que el testador se burla, porque semejante legado sería de un genero indeterminado, y que no tiene limites por la naturaleza; y así solo valdría quando el testador tuviese alguna ó algunas casas, pues entonces se entendería que le legaba una de ellas.

2.ª *En el legado de genero tiene la eleccion el legatario; pero de tal suerte que no puede elegir lo mejor:* (1) v. g. si el testador me lega un caballo de su caballeriza, no le toca al heredero darme el que le pareciere, sino que yo puedo escoger el que guste, con tal que no escoja el mejor, y en esto se diferencia el legado de genero del legado de opcion.

Legado de *opcion* ó de eleccion se llama, quando el testador

(1) D l. 23. tit. 9. P. 6.

con palabras expresas y terminantes concede al legatario, que entre muchas cosas de un mismo genero escoja la que le paresca mejor: v. g. si uno en su testamento dixese de esta manera: lego à Ticio el caballo que eligiere de mi caballeriza, ó el que mas le agradare. (1) En este legado se deben notar tres cosas. La 1.ª es, que puede el legatario tomar lo mejor, lo qual no podía en el legado de genero. (2) La 2.ª que una vez hecha la eleccion no puede arrepentirse y volver à escoger por parecerle que no escogió lo mejor, sino que à sí mismo se debe imputar si hizo una eleccion imprudente. (3) La 3.ª que

(1) L. 25. tit. 9. P. 6. (2) D. l. 25. y la 23. antecedente. (3) n. L. 25. tit. 9. P. 6.

si el legatario en vida no elige, lo podrán hacer sus herederos, desuerte que aun la opcion pasa á ellos. (1)

Resta dar una regla que es comun al legado de genero y de quantidad, la qual es esta: *ni el genero, ni la quantidad perecen.* (2) La utilidad de esta regla es insigne: porque si v. g. á mi se me hubiera legado un caballo, ó la cantidad de cien pesos, y el heredero lo hubiese comprado para darmelo, ó hubiera contado, y prevenido los cien pesos y un ladron se lo hubiera hurtado todo, no podrá el heredero escusarse ó librarse de pagar el legado, porque el genero y la quantidad siempre exîsten en el mun-

(1) L. 26. (2) Arg. de la l. 41. tit. 9. P. 6.

do, y nunca perecen.

Finalmente se pueden legar los hechos, y es la razon, parte por que son ó pueden ser de utilidad, y parte porque al testador le es licito obligar á su heredero à hacer qualquier cosa que le paresca, con tal que no sea torpe ni ridicula, ó de burla; y así valdría el legado que un testador hiciese de esta suerte: mando á mi heredero que todos los años le siembre su campo á Ticio; pero sería absurdo é inutil este: mando à mi heredero que todos los años en el dia del nacimiento de Ticio bayle desnudo en su calle.

Siguese ahora tratar del derecho de acrecer, el qual no es otra cosa que *un derecho por el qual la parte del colegatario que muere ó no la recibe, acrece al otro.* Este de-

recho por las leyes de Partida tenía lugar no solo en los legados, sino principalmente en las herencias; (1) pero por razon muy diversa. En las herencias era porque ninguno podía morir parte testado y parte intestado, lo qual el dia de hoy por ley de Recopilacion (2) está permitido á qualquiera. Pero en los legados el derecho de acrecer nace de la presunta voluntad del testador, y se puede verificar hasta el dia: porque quando un testador juntó á Ticio y à Mevio en un legado, parece que desde luego quiso que si faltase el uno, mas bien su parte pasase al otro, que no que volviese al heredero. Tratarémos pues, ahora de los requisitos necesarios

(1) L. 14. tit. 3. P. 6. (2) L. 1. tit. 4. lib. 5. Rec. de Cast.

para que se verifique el derecho de acrecer en los legados, supuesto que en las herencias no tiene lugar, sino es por voluntad del testador, y no por necesidad alguna. (1)

Dos son los requisitos para que se verifique el derecho de acrecer. El primero que falte el colegatario, y que sea antes de la muerte del testador, por que si le sobrevive aun que sea por un momento pasa el legado á los herederos, y ya no acrece al otro legatario. (2) El segundo que sean conjuntos, y se llaman así los legatarios que son llamados á recibir una misma cosa, por exemplo: à Ticio y Mevio les lego mi casa. Por el contrario, si á Ticio se le

(1) Vease la nota de Sala en el Vinnio lib. 2. tit. 14. num. 12. y 13.
(2) L. 33. tit. 9. P. 6.

lega la casa, y á Mevio un campo, aunque falte uno de los dos, nada acrece al otro. (1)

Veamos ahora de quantos modos puede ser la conjuncion. Se divide en conjuncion *en la cosa*, en conjuncion *en las palabras* solamente y en *mista*, esto es, en la cosa y en las palabras juntamente. Se dice ser conjuntos en la cosa quando muchos son llamados à recibir una misma, pero en diversas proposiciones; v. g. á Ticio le lego mi casa: á Mevio lego la misma casa; y á estos llaman tambien disjuntos, por que sus nombres están puestos en diversas proposiciones. En palabras solamente se llaman conjuntos los que son llamados á una misma cosa en una sola proposicion, asignandoles par-

(3) D. l. 33.

tes, no físicas, sino intelectuales: v. g. á Ticio y á Mevio lego mi fundo en iguales partes. Conjuncion mixta se dá quando una misma cosa es legada á muchos en una proposicion y sin señalar partes: v. g. á Ticio y Cayo lego mi fundo. (1)

En todos estos casos, sea que el uno de los legatarios no quiera su parte, ó que muera antes que el testador, acrecerá á los demás, siempre que se presuma así de la voluntad del difunto por no expresarse cosa en contrario. (2)

Falta decir algo del modo de legar. Se pueden hacer los legados puramente, para algun dia, (lo qual se llama en latin *ex die vel in diem*) bajo de condicion, con de-

---

(1) L. 33. tit. 9. P. 6. (2) La misma ley 33.

mostracion, con causa ó con modo. Puramente se lega quando no se suspende el legado por ninguna circunstancia ni acontecimiento: v. g. lego à Ticio cien pesos. (1) En esta especie de legados se debe tener por regla general que se debe y se puede pedir al instante de la muerte del testador. Se dice deberse un legado quando aunque haya obligacion de pagarlo, todavía no se puede cobrar; por el contrario quando ya se puede exigir la paga ó entrega de él, se dice que se puede pedir: de suerte que el sentido de la regla dada es, que el legado que se deja puramente hay obligacion de pagarlo inmediatamente que muere el testador, y que tambien en el mismo instante se puede cobrar.

---

(1) L. 31. en el princ. t. 9. P. 6.

Legado desde algun dia es aquel que tiene termino desde quando debe comenzar, v. g. lego á Ticio mi casa diez años despues de mi muerte; y legado hasta cierto dia es aquel que se hace señalando el tiempo que debe durar: v. g. à Ticio le lego mi hacienda por diez años. (1) En el primer caso si el dia es cierto, se debe luego el legado; pero no se puede cobrar hasta pasados los diez años: en el segundo al punto se debe y se puede cobrar. Mas si el dia señalado fuere incierto, de suerte que se ignore si existirá ó no, entonces el dia se tiene por condicion.

Del legado condicional nada hay aqui que añadir, pues todo se ha explicado ya quando se trató de

(1) L. 31. tit. 9. P. 6.

la institucion de heredero. Una regla solamente se debe observar en este particular, y es: que el legado condicional ni se debe ni se puede cobrar antes de que exîsta la condicion. (1) De donde se sigue que si el legatario muere antes que se cumpla la condicion, nada transmite á sus herederos, sino que espira el legado.

Con demostracion se dice que lega un testador siempre que hace descripcion de la persona ó de la cosa legada: v g. á Ticio que administró mis negocios mando se le den cien pesos: à Mevio lego la casa que compré de Sempronio. De este legado se debe observar que la falsa demostracion no lo vicia, con tal que de otro modo conste de la per-

---

(1) L. 21. d. tit. 9. P. 6.

sona y de la cosa legada; (1) y así aunque sea falso que Ticio administró sus negocios ó que la casa la hubiese comprado de Sempronio, con todo es util el legado y surtirá su efecto.

Siguese el legado dejado bajo de cierta causa. Por causa entendemos aqui la impulsiva, y que el testador expresa en su testamento: v. g. à Ticio por que me defendió un pleito le lego cien pesos. En este caso vale tambien la regla ya dada en la demostracion, y así la falsa causa no vicia el legado, (2) por que como el testador se ha à manera de un legislador y la ley se debe obedecer aunque se alegue una causa falsa de aqui es, que

(1) Ll. 19 y 20. d. tit v P. (2) L. 21. del mismo tit. en el medio.

vale el legado por que consta de la voluntad del testador. Se exceptúa con todo el caso de que el heredero pudiese probar que el testador no habría legado si hubiese conocido la falsedad de la causa, pues entonces falta la voluntad y será nulo el legado.

Finalmente, bajo de modo se dice dejado un legado, quando el testador expresa el fin para el qual lo deja: v. g. lego à Ticio mil pesos para que se gradúe de Doctor. Esta se debe, y se puede pedir luego al punto; pero el legatario debe dar fianza de que cumplirá con el fin intentado por el testador, y que si no lo cumpliere lo restituirá, pues hasta que lo cumpla gana el dominio de él. (1)

---

(1) D. l. 21. tit. 9. P. 6.

Al fin de este titulo se debe notar, que valen los legados hechos aunque el testamento se rompa por pretericion ó desheredacion injusta, pues así lo concede expresamente nuestro derecho, (1) que solo atiende à que la voluntad del testador siendo justa y arreglada, se cumpla en aquella parte que se puede. Lo mismo sucede quando el heredero establecido en el testamento no quiere aceptar la herencia, ó por qualquiera otra causa no entra en ella; pero en todo caso debe constar de la solemnidad prescrita por derecho, (2) pues faltandole no tendrá fuerza de testamento, ni hará fe en juicio ni fuera de él.

---

(1) L. 1. tit. 4. lib. 5. de la Rec. l. 7. tit. 8. P. 6. (2) L. 1. tit. 4. lib. 5. de la Rec.

Tambien se advierte que los legados no se deben dejar à arbitrio de otro, sino que el testador mismo debe hacerlos por sí, y con palabras y señales tan claras y ciertas, que se conosca plenamente su voluntad, y no se dude del legatario y cosa legada, pues de otra suerte no valdrían. (1) Pero puede dejar á su heredero, ó à otro la facultad de elegir à personas inciertas, de las ciertas que le señale, pues en este caso no se confiere en la voluntad de otro la sustancia del legado, sino la qualidad ó eleccion de la persona. Para que sean vàlidos, se requiere tambien que sean hechos en testamento ó codicilo ó poder para testar. (2) Es verdad que no solo legados,

(1) L. 28. y 29. tit. 9. P. 6. (2 L. 34. tit. 9. P. 6.

sino tambien mejoras, declaraciones, fundaciones, nombramiento de tutores y qualquiera otra cosa, (excepto la institucion de heredero) se suelen hacer en un escrito separado que se llama *memoria testamental*, y no es otra cosa que un escrito simple en que el testador añade, ó quita alguna cosa à su testamento, el qual vale y se estima por parte de este siendo firmado por el testador, y citandose en el testamento. (1)

Tres acciones competen à los legatarios para conseguir los legados que les han sido dejados en algun testamento. La 1.ª es personal por quasi contrato: y la razon de darse esta accion es, porque el heredero

(1) Febrero lib. de escrib. cap. 1. §. 2. num. 45.

aceptando la herencia, es lo mismo que si contraxese con los legatarios. La 2.ª es real en todos aquellos legados, que por ser hechos en especie pasa el dominio de la cosa legada al legatario desde el instante de la muerte del testador. La 3.ª accion es hipotecaria, y les compete á los legatarios porque tienen tacita hipoteca en todos los bienes de la herencia, de la que se ha apoderado el heredero. (1)

TITULO XXI.

DEL MODO DE QUITAR, Ó DE TRANSFERIR LOS LEGADOS.

Habiendo hablado hasta aqui del modo de dejar los legados, siguese ver como se quitan ó se transfieren. Y á la verdad, siendo la vo-

---

(1) L. 26. tit. 13. P. 5.

luntad del hombre variable hasta la muerte, (1) no se puede dudar que el testador puede quitar à los legatarios los legados que les haya dejado en su testamento, ò transferirlos à otros. (2)

Dicese que se quitó un legado quando el testador ya no quiere legar lo que antes legaba. Esto puede suceder ó por ministerio de la ley, á lo qual llaman los juristas *ipso jure*, ó en virtud de excepcion. Del primer modo se quita el legado ó por palabras ó por hechos. Por palabras, quando el testador en posterior testamento ó en codicilo declara, que ya no lega à alguno lo que antes le legaba. (3) Por hechos se quitará el legado, si el tes-

---

(1) L. 25. tit. 1. P. 6. (2) L. 39. tit. 9. P. 6. (3) D. l. 39.

tador lo borrare ó tildare (1) por si mismo, ó por medio de otro por orden suya. Si acabare la cosa legada, ó le mudare la forma: con esta distincion, que si la cosa se puede reducir à su antigua forma, vale el legado: v. g. si de la plata legada hizo vasos; pero si no se puede volver á su antiguo estado, se entiende quitado: v. g. si de la lana ó madera que había legado hiciese antes de su muerte paño ó casa. (2) Finalmente se extingue el legado quando el testador sin necesidad alguna vende ó enagena la cosa legada, pues en este caso se presume que se arrepintió de haber hecho el legado; pero siempre que falte esta presuncion, como puede suceder mas

---

(1) La misma l. 39. ℣. *otrosi se podria.* (2) L. 42. tit. 9. P. 6.

facilmente en los casos de venta que en los de donacion, no se entiende revocado, antes se debe al legatario el precio en que la cosa fué vendida. (1) De este modo se quitan los legados *ipso jure*, tacita ó expresamente. Por medio de excepcion se quitan siempre que suceda alguna cosa de la qual se pueda presumir que el testador mudó de voluntad, lo qual probandose por el heredero, perderá el legatario su legado.

Siguese la traslacion de los legados, la qual sucede siempre que haya mutacion acerca de ellos. Esta puede ser de quatro maneras. 1. Si se muda la persona del legatario: v. g. quando se lega á Ticio lo que

(1) Vease toda la ley 40. tit. 9. P. 6. y la 17. del mism. tit.

se había legado á Sempronio. 2. Si se muda la misma cosa legada: v. g. quando el testador que había legado á uno su casa, ya no le lega sino su hacienda. 3. Si se muda la persona à quien se mandaba que pagase á otro el legado: v. g. si antes se le mandaba à un legatario que diese á otro cien pesos, y despues se manda al heredero que èl sea quien los pague. 4. Finalmente, si se muda la naturaleza del legado: como quando la cosa que antes se legaba puramente despues se lega bajo de condicion.

Pero se debe advertir acerca del primer modo de transferir los legados, que se haga con toda claridad y repitiendo el nombre del primer legatario, pues de otra suerte no será traslacion sino conjun-

cion: v. g. si dixese: à Ticio le dejo la casa de mi morada, y despues: á Cayo dejo la casa de mi morada; pues en este caso la dividirán; pero no si dixere: la casa de mi morada que dejaba á Ticio, se la dejo á Cayo.

De lo dicho hasta aqui se infiere, que los legados se pueden quitar y transferir en testamento ó en codicilos; y añado que para quitarlos ni aun esto es necesario, pues ninguna solemnidad requieren las leyes citadas, (1) antes bien, con sola la presuncion de falta de voluntad en el testador, basta para que el legado se tenga por quitado.

Para conclusion de este titulo veamos de quantos modos espiran los legados. Esto sucederá 1.º Si

(1) Veanse las ll. 39. y 40. t. 9. P. 6.

el legatario muriere antes que el testador, (1) pues entonces no llèga á adquirir dominio èn la cosa legada. 2.º Si pereciere la cosa legada sin culpa ó mora del heredero. Esto se entiende de la cosa legada en especie, pues el genero y la quantidad nunca perecen. (2) 3.º Se acaba el legado de cosa agena, si esta la adquiere el legatario en vida del testador por titulo lucrativo, (3) por la razon ya dada, de que dos causas lucrativas no pueden concurrir en una misma persona, y acerca de una misma cosa. 4.º Si el testamento fuere nulo por falta de solemnidad: v. g. si no tuviere el competente numero de testigos; pero no si fuere nulo en quanto à la insti-

(1) L. 35. tit. 9. P. 6. (2) L. 41. tit. 9. P. 6. (3) L. 43. tit. 9. P. 6.

tucion de heredero. (1) 5.° Si por parte del legatario no se cumpliere la condicion posible bajo la qual se le dejó el legado. (2) Esto se entiende si estuviere en su mano el cumplirla, pues quando no puede, como por caso fortuito, ó de otra manera sin culpa suya, entonces se tiene por cumplida y se debe pagar el legado. (3)

TITULO XXII.

DE LA LEY FALCIDIA.

Este titulo está bastante conexô con el antecedente, pues así como aquel nos muestra de que modo se acaban los legados, así este nos enseña como se disminuyen muchas ve-

(1) L. l. 1. y 2. tit. 4. lib. 5. Rec. de C. (2) L. 21. tit. 9. P. 6. (3) Vease la ley 22. tit. 9. P. 6.

ces, ó se reducen á menor cantidad.

Con motivo de permitir las leyes antiguas á los testadores que distribuyesen sus bienes en legados, no quedaba á los herederos que instituían cosa alguna, ó les quedaba muy poco, por cuya razon muchos no querían aceptar la herencia. Esto dió motivo entre los romanos á que se estableciesen varias leyes procurando impedir este desorden. Pero como ninguna de estas fuese suficiente á ocurrir al daño, se estableció la ley Falcidia, llamada así de Publio Falcidio Tribuno de la Plebe, en tiempo del Emperador Augusto el año 714 de Roma, por la qual se estableció, que ninguno pueda legar mas que las tres partes de sus bienes, y que en caso que legase mas, desuerte que no le quedase al

heredero que percibir, ó le quedase menos que la quarta parte de la herencia, pudiese sacarla y retenerla para sí de cada legado.

Este derecho que tuvo origen entre los romanos ha pasado á nosotros, y está adoptado por nuestras leyes; (1) y así siempre que el testador instituye heredero voluntario, y deja tantas donaciones ó mandas, que nada le queda que heredar, ó le queda menos de lo que por derecho le toca, puede sacar el heredero la quarta parte de la herencia que dicha ley le concede llamada tambien *Falcidia* en España: (2) desuerte que de cada manda ha de sacar la quarta, la qual le compete por solo haber sido nombrado he-

(1) Tit. 11. de la Part. 6. (2) L. 1. tit. 11. P. 6.

redero en el testamento. (1)

Para deducir dicha quarta ha de considerarse el valor de los bienes del testador al tiempo de su muerte, porque el aumento ó deterioro que despues haya, es de su cuenta y no de los legatarios. (2) Mas si los herederos son forzosos, no sacan quarta, sino toda su legítima integra sin condicion ni gravamen, (3) y solo se podrán hacer legados del tercio ó quinto segun sea el testador.

La deducion de la quarta falcidia debe hacerse en esta forma: primero se ha de separar lo que el testador esté debiendo aunque sea al mismo heredero, á menos que lo prohiba expresamente, pues en tal

(1) D. l. 1. (2) L. 3. tit. 11. P. 6
(3) L. 4. t. 11. P. 6.

caso no se separara el debito de este: despues las expensas funerarias ocasionadas con motivo de su muerte; y luego el dinero que destine para comprar siervos que mande manumitir: bien entendido que si lega una cantidad à persona determinada para que dé libertad al suyo, puede el heredero detraer de ella la quarta parte; pero si manda que el dinero se entregue à alguno para que compre los de otro y se consume todo en su compra, no debe sacarla de él; mas si sobra algo puede deducirla del sobrante. (1)

No puede el heredero deducir dicha quarta de los legados hechos á las iglesias, hospitales ú otros lugares religiosos, ó á pobres ó para qualquier otra obra pia; ni de lo que

(1) L. 2. tit. 11. P. 6.

lega el testador que es soldado, (1) ni de lo que entregan à los prohibidos de ser legatarios ó herederos, (2) ni del legado de la dote, ni si cancela maliciosamente el testamento ó mandas para que no valgan, ó hurta alguna cosa de las legadas, ó maliciosamente la niega diciendo que es suya y no del testador, ni tampoco quando este le prohibe expresamente su detraccion. (3) Así mismo si paga enteramente algunas mandas creyendo que en la hacienda restante le queda lo suficiente para sacarla, debe satisfacer en la propia forma las demas, sino es que despues de haber empezado á pagarlas aparesca alguna deuda grande de que hasta entonces no había tenido noticia, que en este

(1) L. 4 tit. 11. P. 6. (2) L. 5. del mism. tit. (3) L. 6. tit. 11. P. 6.

caso puede retenerla de las que no estén entregadas. (1)

De todo lo demas puede el heredero sacar la quarta si la cosa legada tiene comoda division, y si no, se ha de apreciar, y de su importe hacer la deduccion: previniendo que aunque quiera tomar la parte que en una alhaja le corresponde, de la legada à otro, no debe hacerlo sin su permiso, porque la detraccion de la quarta ha de ser respectivamente de cada legado. (2)

Finalmente para poder sacar la falcidia debe el heredero hacer previamente en el termino legal, inventario formal de todos los bienes del finado, pues si no lo hace no podrá; (3) y ademas estará obligado á pa-

(1) L. 6. d. tit. y P. (2) L. 2. d. tit. y P. (3) L. 7. d. tit. y P.

gar enteramente las mandas y deudas que dejó; (1) y si lo hace y satisface à aquellas antes que estas, deben los acredores reconvenir primero á los legatarios, y despues por lo que falte al heredero. (2)

TITULO XXIII.

DE LOS FIDEICOMISOS UNIVERSALES Y DE LA QUARTA TREBELIANICA.

Hemos hablado ya de las herencias por testamento y de los legados: siguese ahora tratar de los fideicomisos.

A la fe de otro no podemos cometer una cosa de otro modo que por palabras de ruego, y de aqui nace la definicion. Fideicomiso es *una orden intimada al heredero por palabras de ruego para que dé alguna cosa*

(1) L. 10. tit. 6. P. 6. (2) L. 7. del mism. tit.

á otro. (1) Se divide el fideicomiso en universal y singular: universal es, quando à alguno se le deja por modo de fideicomiso toda la herencia ó una parte de ella, y así suele llamarse *herencia fideicomisaria.* Singular es, quando una cosa singular v. g. algun genero, especie ó quantidad se deja por modo de fideicomiso, y de este se tratará en el siguiente titulo. Por lo que hace al universal se debe observar, que para este siempre se requieren tres personas: 1.ª El que deja el fideicomiso, y se llama *fideicomitente* 2.ª Al que se manda que restituya la herencia à otro, y este se llama *heredero fiduciario*, porque en su fidelidad coloca su confianza el testador. 3.ª Finalmente aquel á quien se restituye la

(1) L. 8. tit. 11. P. 6.

herencia y se dice *heredero fideicomisario*: el qual hablando con rigor no es heredero, pues solo recibe la herencia para entregarla á otro.

Esta es la primera division de los fideicomisos: siguese otra y es, que el fideicomiso puede hacerse tacita ó expresamente. Se dirá hecho expresamente quando el testador con palabras claras y terminantes manda à su heredero que restituya á otro la herencia ó alguna parte de ella; y tacito será quando no se hace mencion de restitucion, pero se manda al heredero alguna cosa de donde se colige que debe restituir la herencia: v. g. Ticio sea mi heredero; pero con la condicion de que no haga testamento. En este caso es lo mismo que si dixese el testador: ruego á Ticio que restituya mi he-

rencia á sus parientes mas proximos. Esta especie de fideicomiso tiene mucha semejanza con los mayorazgos.

De los principios establecidos se infiere claramente: 1.° Quien puede dejar fideicomisos, conviene á saber: todos aquellos que pueden hacer testamento por tener libre disposicion de sus bienes; y así no podrán todos aquellos que diximos no pueden testar. (1) 2.° A quienes se puede mandar que paguen fideicomisos, esto es: á todos aquellos que recibieren alguna parte de la herencia con titulo de herederos; pero con la condicion de que á ninguno se grave en mas de lo que recibió. 3.° Que se pueden dejar fideicomisos á todos aquellos que pueden re-

(1) L. 14. tit. 5. P. 6.

cibir por testamento ó ser herederos: y así, v. g. si Ticio me hubiese mandado restituir toda su herencia á un colegio de musicos, no valdrá semejante fideicomiso si el tal colegio está fundado sin consentimiento del Principe como se supone. 4.º Que se pueden dejar fideicomisos, ó en testamento, ó en codicilo. 5.º Que se pueden hacer fideicomisos puramente ó con condicion, y para, ó hasta cierto dia.

Siendo dificil que los fideicomisarios quisiesen ser herederos con la obligacion de restituir toda la herencia, para que tubiesen alguna utilidad, se estableció que en premio de su trabajo y de la restitucion de la herencia, se quedasen con la quarta parte liquida de la en que fuesen instituidos, y se ha llamado

quarta Trebelianica aun entre nosotros, (1) cuyo nombre tomó entre los romanos.

A distincion de lo que se observa en la quarta falcidia, debe el heredero fiduciario incluir en la trebelianica todo lo que el testador le haya legado, y los frutos que percibió de la herencia mientras la tuvo en su poder, (2) y si estos equivalen à aquella, la restituirá entera al fideicomisario: mas si no equivalen, puede detraer unicamente lo que falte para completar la quarta. (3) Pero si importaren mas los frutos, que lo que él debe percibir por razon de esta, si el testador le señaló dia para que entregase la herencia, y dicho fiduciario lo verificó, en-

(1) L. 14. al fin d. tit. y P. (2) L. 8. tit. 11. P. 6. (3) dha. l. 8.

tonces hace suyos todos los frutos que percibiere hasta ese dia, aunque como hemos supuesto, asciendan á mas. Pero si no se le señaló dia cierto, y él fué moroso en entregar la herencia, debe restituir todo lo que exceda de su quarta parte. (1)

Resta ver en que casos no tiene lugar la quarta trebelianica. 1.° No lo tiene en el testamento del soldado. 2.° Si el testador prohibe que se saque. 3.° Si el heredero por ignorancia de derecho restituyó toda la herencia. 4.° Si no hizo inventario. 5.° Si no quisiere aceptar la herencia, en cuyo caso sin necesidad de que compela el juez al fiduciario entrará en ella el fideicomisario por sí. (2)

---

(1) D. l. 8. (2) L. 1. al fin tit. 4. lib. 5. Rec. de Cast.

TITULO XXIV.

DE LOS FIDEICOMISOS SINGULARES.

Hemos tratado de los fideicomisos universales, que tambien se llaman herencias fideicomisarias: siguense los fideicomisos singulares, de los que hablarémos brevemente, porque estos estan igualados en todo à los legados, desuerte que no hay diferencia en quanto á los efectos que producen unos y otros. De esta manera, todas las disposiciones que hemos notado de los legados, tienen lugar en los fideicomisos: los que pueden legar, pueden dejar fideicomisos; á quienes se lega, tambien se deja fideicomiso; y las mismas cosas que se dejan por legado, se dejan y pueden dejar por medio de fideicomiso. De consiguiente, para haber de tratar

esta materia por sus partes, sería necesario repetir el titulo todo de los legados.

Mas aunque en el efecto no haya diferencia alguna entre los legados y fideicomisos, con todo se distinguen 1.º En las palabras, pues aquellos se dejan con palabras imperativas, y estos por medio de ruego. (1) 2.º En el modo: para los legados se requieren cinco testigos, mas los fideicomisos se pueden hacer sin testigo alguno estando presente el heredero, y para prueba se el tomará despues juramento, y en caso de no querer jurar, será obligado à pagar el fideicomiso, y si jurare falso pagará su lengua semejante delito, pues no hay arbitrio para dar otra prueba.

(1) L. 14. tit. 5. P. 6.

TITULO XXV.

DE LOS CODICILOS.

Los codicilos no son otra cosa que *una disposicion menos solemne ordenada por el testador á fin de explicar, añadir ò quitar alguna cosa de su testamento*, (1)

Convienen los codicilos y los testamentos en que unos y otros son voluntad; pero se diferencian 1.º En que el testamento es una última voluntad solemne, y el codicilo menos solemne. (2) 2.º Que quando hay testamento no suceden ni pueden suceder los herederos ab intestato; pero los codicilos pueden hacerse tanto por el que muere testado como intestado. 3.º Que en el testamento para que valga como tal,

(1) L. 1. t. 12. P. 6. (2) L. 3. del d. t.

es necesaria la institucion de heredero; mas en los codicilos no se puede instituir heredero, sino solamente hacer legados y fideicomisos. (1) Y de aqui facilmente se deduce de quantas maneras son los codicilos. Unos se llaman escritos, y son aquellos que se reducen á escritura, y otros nuncupativos, y son los que se hacen por viva voz. (2) Hay otra division de los codicilos, y es: que unos son de *testado* y otros de *intestado:* aquellos se hacen por el que primero ordenó testamento; estos por el que quiso morir sin testamento; y así los primeros se llaman codicilos confirmados por testamento, y los segundos absolutamen *codicilos ab intestato.*

Los derechos que se deben guardar en el otorgamiento de los codicilos se coligen de la definicion dada; de la qual inferimos: 1.° Que el que no puede hacer testamento tam-

---

(1) L. 2. del d. tit. (2) L. 1. al fin tit. 12. P. 6.

poco puede hacer codicilos, (1) pues estos no son otra cosa que un testamento menos solemne. 2.º Que en los codicilos no se puede instituir heredero directamente. (2) La razon es, por que esta institucion es una cosa solemne, y así no se puede hacer sin todas las solemnidades de derecho. Es verdad que atendidas nuestras leyes, que requieren para el codicilo nuncupativo la misma solemnidad de testigos, que para el testamento de esta especie, (3) valdrá la institucion que se hiciese en semejante codicilo; pero por el mismo hecho lo dejará de ser, y en realidad será testamento; pero en el codicilo cerrado probablemente no valdrá. Por la razon ya dada, tampoco producirá efecto la desheredacion ni la sustitucion hecha en codicilo, ni la condicion que en él se pusiese al heredero instituido en el

(1) L. 1. tit. 12. P. 6. (2) L. 2. del mismo tit. (3) L. 2. tit. 4. lib. 5. Rec. de Cast.

testamento. (1) ¿Que es pues lo que se puede hacer en los codicilos? Se puede legar, y disminuir ó quitar los legados: hacer fideiconmisos y donaciones por causa de muerte: se podrá finalmente nombrar el delito que cometió el heredero instituido en el testamento contra el testador, y por el qual no merece la herencia, y siendole probado, quedará impedido de ser heredero. (2) 3.° Que se pueden hacer muchos codicilos y todos valen, no siendo contrarios; (3) pero en los testamentos, el posterior deroga al anterior, porque en cada uno se dispone de todos los bienes instituyendo heredero.

Finalmente, en los codicilos cerrados bastan cinco testigos que suscriban; mas en los nuncupativos ó abiertos, se requieren las mismas solemnidades, que en el testamento nuncupativo. (4)

---

(1) D. l. 2. tit. 12. P. 6. (2) L. 2. ya citada. (3) L. 3. del mism. t. (4) L. 2. tit. 4. lib. 5. de la Rec. de Cast.

